BESCHOUWINGEN OVER DE HISTORISCHE GRONDSLAGEN DER TEGENWOORDIGE OMVORMING VAN HET STRAFBEGRIP.

CLARA WICHMANN

ARS AEQUI LIBRI

Samenstelling Boekenraad en Uitvoeringsraad
(zie pagina 4 omslag)

Boekenraad

strafrecht

Jan Fiselier
Marc Groenhuijsen
Anton van Kalmthout
Annette van Keulen
Gerard Mols

mensenrechten en europees recht

Evert Alkema
Theo van Boven
Pieter van Dijk
Peter Roorda

staats-, bestuurs-, vreemdelingenrecht

Peter van Buuren
Ger Cartigny
Margriet Overkleeft
Jit Peters
Hendrik Jan de Ru

arbeidsrecht en privaatrecht

Piet Baudoin
Gerard René de Groot
Henk Grootveld
Ko Huijbers
Bas Kortmann
Bas Liefferink
Hendrik Quint

Uitvoeringsraad

Ben van der Beek
Walter de Bruin
Jaap de Hullu
Bernadette van Leeuwen
Sacha Prechal

OMVORMING VAN HET STRAFBEGRIP. ❁ ❁ ❁ ❁



BESCHOUWINGEN OVER DE HISTORISCHE GRONDSLAGEN DER TEGENWOORDIGE OMVORMING VAN HET STRAFBEGRIP. ❀ ❀ ❀ ❀ ❀ ❀ ❀ ❀ ❀ ❀

CLARA WICHMANN

ARS AEQUI LIBRI - NIJMEGEN - 1983

Deze uitgave is een integrale herdruk van de eerste druk uit 1912. Deze eerste druk is indertijd uitgegeven door Boekhandel en drukkerij voorheen E. J. Brill te Leiden.
'Omvorming van het strafbegrip' was het proefschrift waarop Clara Gertrud Wichmann op woensdag 18 december 1912 promoveerde tot doctor in de rechtswetenschap aan de Rijksuniversiteit te Utrecht.

ISBN 90 70094 69 X

VOORWOORD

prof. mr. H. Singer-Dekker

Clara Wichmann werd geboren in 1885 en overleed in 1922. Zij groeide op in Utrecht, waar haar vader hoogleraar in de Geologie was aan de universiteit in die stad. Aàn deze universiteit studeerde zij rechten. Haar bijzondere belangstelling ging uit naar filosofie en strafrecht. Zij zou waarschijnlijk hoogleraar in het strafrecht aan de Universiteit van Amsterdam zijn geworden, als ze niet zo jong was overleden. Zij heeft op de voordracht tot benoeming gestaan.

Haar publicistische werk bestreek een breder terrein dan dat van het strafrecht alleen. De vrouwen-emancipatie en het maatschappelijk-politieke leven hadden evenzeer haar belangstelling.

Volgens getuigenis van velen die haar hebben gekend is zij een zeer bijzondere persoonlijkheid geweest.[1] Zij werd gekenmerkt door een krachtige overtuiging, maar tegelijk door een grote schroom anderen te kwetsen. Clara wilde andere mensen niet kapot maken, maar hen juist in hun waarde laten. Dat betekent niet, dat zij zelf niet precies zou weten waar ze naartoe wilde. Ze paarde echter aan een politiek vrij extreme keuze (zij was uiterst links) een groot gevoel voor relativiteit. Ze kon de waarde van het andere standpunt erkennen en de betrekkelijkheid van de eigen opvatting inzien. Clara aanvaardde ook, dat de idealen die

1. Zie voor een karakteristiek van haar persoonlijkheid Henriette Roland Holst: *'Clara Meyer- Wichmann herdacht'*, opgenomen in Vrouw en Maatschappij van C.M. Wichmann, uitgegeven door Erven J. Bijleveld, Utrecht.

mensen hebben zich nooit zo verwerkelijken als zij zich dat hadden gedroomd, omdat vele andere opvatingen eveneens op een ontwikkeling inwerken. Ze zag dat niet als een tekort maar als een verrijking. Zij geloofde overigens niet in een maatschappelijke ontwikkeling, die zou leiden tot alleen maar meer volmaaktheid en meer geluk. De ontwikkeling gaat volgens haar niet van leed naar geluk, maar naar hogere vormen van leed en geluk beide.

Zij was een bewonderaarster van de leer van Marx, maar zeker niet een kritiekloze. Zij zag het historisch materialisme als een geestelijk verschijnsel in die zin, dat het zich door de hoofden van de mensen heen voltrekt.[2] Daarmee heeft zij deze leer gerelativeerd. Ze heeft ongetwijfeld ook bedoeld, dat men de ontwikkeling niet over zich kan laten komen, maar dat mensen daarin zelfstandig denkend hun aandeel hebben. De toekomst is geen zaak, die zich buiten ons om voltrekt. Wij hebben aan de ontwikkeling deel en dragen er ook verantwoordelijkheid voor.

Zo dient men ook haar kritiek op het strafrecht te verstaan. Kritiek had ze zeker en wel een zeer fundamentele. Zij zag het strafrecht niet als een wijze, waarop de gerechtigheid kan worden verdiend. Integendeel. Volgens haar was het bestaan van het strafrecht eerder een bewijs van de onvolmaaktheid van de samenleving. Deze roept — volgens haar — de criminaliteit op. Wat dat betreft past zij uitstekend in de gedachtenwereld van de strafrecht-kritici van de laatste decennia.

Zij geloofde niet in een samenleving, waarin het strafrecht geheel zou kunnen worden gemist. Maar de strafrechtelijke reactie zou volgens haar eerder een helpende dan een vergeldende moeten zijn. Clara was zeker niet een polariserende persoonlijkheid. Haar zin voor relativiteit en haar grote eerbied voor de medemens, ook die mens die geheel anders dacht dan zij, hebben haar daarvoor behoed. Het is daarom misschien geen toeval, dat de hernieuwde

2. *Het Historisch Materialisme,* opgenomen in Mensch en Maatschappij, Van Loghem Slaterus en Visser, Arnhem.

uitgave van haar dissertatie, die naar mijn mening ook tegenwoordig nog de moeite van het lezen meer dan waard is, pas nu ter hand is genomen. Het ziet er immers naar uit, dat de tijd van heftige kritiek op de samenleving en op de manier, waarop het strafrecht daarin functioneert, al min of meer achter ons ligt en gevolgd wordt door een periode van herbezinning op de waarde van die kritiek evenzeer als op de waarde van hetgeen door deze kritiek zo heftig werd aangevallen.

Het zou triest zijn als het thans groeiende inzicht, dat veel kritiek in het jongste verleden onder de maat is gebleven, tot gevolg zou hebben dat ook de waardevolle kern daarvan verloren zou gaan. Hernieuwde bestudering van Clara Wichmanns werk kan ons voor het doorslaan naar de andere kant behoeden en daarmee de vooruitgang dienen.

VOORWOORD.

Het is een goede gewoonte, bij het verlaten der Universiteit terug te zien op de studiejaren en te herdenken hen, die op academische studie en proefschrift direct of indirect van invloed zijn geweest.

Zoo betuig ik dan mijn dank allereerst aan U, hooggeleerde SIMONS, *hooggeachte promotor, voor Uwe leiding mijner strafrechtelijke studiën voorheen en thans, voor Uwe groote hulpvaardigheid bij de herhaalde „omvorming" mijner dissertatieplannen, voor den raad dien gij mij gaaft en de vrijheid die gij mij liet.*

Ook aan de andere Professoren der juridische faculteit, wier onderwijs mij ten deel viel, komt mijn oprechte dank toe. In het bizonder herdenk ik wijlen Professor HAMAKER, *aan wiens rechtsbeschouwing ik mij bewust ben zéér veel verschuldigd te zijn, en wiens colleges ik steeds in dankbare herinnering zal houden.*

Aan de Hoogleeraren der litterarische faculteit in de historische vakken en de kunstgeschiedenis, wier colleges of privatissima ik gevolgd heb, de Professoren VAN GELDER, KERNKAMP *en* VOGELSANG, *betuig ik mijne hartelijke erkentelijkheid voor wat zij tot mijne ontwikkeling op historisch gebied hebben bijgedragen.*

Mede heb ik te herdenken eenige invloeden op mijne studiën en de richting van mijn proefschrift, die in minder direct verband tot de Utrechtsche Hoogeschool hebben gestaan.

Gij, hooggeleerde BOLLAND, *zult, naar ik hoop mijn woorden van erkentelijkheid voor al wat ik U te danken heb nog wel willen aanvaarden, al ben ik, ook in dit proefschrift, gedeeltelijk andere wegen gegaan dan gij zoudt gewenscht hebben.*

Aan U, Mr. W. H. M. WERKER, *heb ik ook buiten den tijd dat ik Uwe colleges heb mogen volgen, een vermeerdering en verdieping van sociaalphilosophisch en rechtshistorisch inzicht te danken, die ik hier niet ongenoemd mag laten.*

De vele anderen, die verder tot de verrijking van mijn studietijd hebben bijgedragen, kan ik niet allen uitdrukkelijk gedenken. Trouwens, het afscheid van de Academie brengt geen afscheid mee van degenen, met wie onze studiejaren ons tezamengebracht hebben.

INHOUD.

INHOUD

I. INLEIDING.

OVER DE CULTUURHISTORISCHE BESCHOUWING VAN RECHTSLEVEN EN RECHTSPHILOSOPHIE, EN OVER DE HISTORISCHE BEOORDEELING VAN „NIEUWE RICHTINGEN" IN HET ALGEMEEN.

> Das Recht ist dasjenige Vernunfterzeugnis, welches einer jeden Individualität die ihr gebührende Sphäre anweist und es dadurch ermöglicht, dass die Individualitäten in gedeihlichem Einzel- nnd Wechselverkehr die Zwecke des vernünftigen Daseins erfüllen. Das Recht ist daher wesentlich bedingt durch die Zwecke des Daseins, welchen eine bestimmte Kulturperiode zustrebt: jedes Kulturleben hat sein besonderes Recht, und jedes Recht wieder sein besonderes Kulturleben — ganz ebenso wie jede Kulturwelt ihre Kunst und ihre Oekonomik hat. Darum ist auch die Rechtsgeschichte nur als ein Teil der Kulturgeschichte gedeihlich, und eine Jurisprudenz, welche nicht in die Kulturverhältnisse der Periode eindringt, ist lediglich formaler Art.
>
> JOS. KOHLER, Das Recht als Kulturerscheinung.

Te onderscheiden is de bespreking van het w e z e n der straf zooals wij, b e s c h o u w e n d , zich dat zien uiten in àl de verschijnselen van reactie der maatschappij in verschillende tijden op onrecht, — èn een opstellen van w e n s c h e n met betrekking tot het toekomstig karakter der straf; — twee wijzen van beschouwing van het strafprobleem, waarvan de eerste veelal door de laatste als onpractisch, de laatste door de eerste als onwijsgeerig wordt gebrandmerkt. Maar, hoezeer ook onderscheiden, zijn toch de descriptieve en de normatieve beschouwing

van eenig vraagstuk nooit geheel van elkander los te maken. Vanzelve slaat steeds de gangbare speculatieve beschouwingswijze van: in één van de verschijningsvormen of kenmerken van iets het wezen daarvan te zien, òm in het actief stellen van practische normen, die op grond van deze bepaalde opvatting omtrent het „wezen" van de gegeven zaak moeten worden nageleefd. — Zoo heeft dan ook iedere wijsbegeerte van het strafrecht, náást eene beschouwing over het wezen der straf die zij, bestaande, vond, voorschriften gegeven hoe het strafrecht h.i. in de toekomst behoorde te zijn — voorschriften, afgeleid uit, of althans in samenhang staande met, wat zij als het wezen der straf was gaan beschouwen. — Terwijl omgekeerd iedere practische wensch eene theoretische bespiegeling ten gevolge gehad heeft, daargelaten in hoeverre hij al niet zelve uitvloeisel van een theorie was. — Een analoge verhouding als deze tusschen wijsbegeerte en „politiek" (in ruimsten zin) zien wij tusschen historie en „politiek". Nooit is het mogelijk gebleken de straf òf uitsluitend historisch te verklaren, — recht latende aan iederen bestaansvorm dien ze ooit heeft aangenomen — òf wel uitsluitend een „leer" te geven omtrent wat de straf wezen moest. De historische beschouwing trekt telkens consequentiën voor de toekomst, zij het ook slechts in den vorm van: behoud van het bestaande; en de practische leer maakt zich de historie dienstbaar, door ze als bewijsmiddel te gebruiken om aan te toonen, dat immers òf het wezen der straf stééds geweest is wat zij er van wil maken, òf dat de geheele ontwikkeling nu juist op hàar beeld van straf uitloopt.

Nooit is dus één van deze beschouwingswijzen geheel afzonderlijk bestaanbaar; steeds klinkt iets van de andere mee; maar wèl volgt reeds uit het bovengezegde, dat er

te onderkennen is verschil in accent òf naar de zijde van het één, òf naar die van het ander.

— Er is nog een andere verhouding tusschen twee beschouwingswijzen, die men ten opzichte van een probleem (in casu dat van de straf) tegenover elkander kan stellen: die tusschen de historische en de wijsgeerige; hoewel beiden tezamen een tegenstelling vormen tegenover de normatief-„politische" levenshouding. Ook hier is nooit een scherpe scheiding, nooit een zuivere vertegenwoordiging van het éene mogelijk gebleken — en ook bewust hebben we die scheiding niet na te streven; — maar wèl hebben we ons zelve er rekenschap van te geven, op welk van de twee we nu den nadruk leggen.

Wanneer men Oorzaak en Grond, dus causaal-denken en rationeel-denken, onderscheidt, dan kan men het eerste ònder het laatste stellen: de tijdelijke oorzaak minder belangrijk achten dan de ratio, den rechtsgrond. Maar men kan ook op zijn beurt het rationeele denken weer causaal verklaren en dus a. h. w. het rationeele denken door het causale doen omvatten. Dit kan geschieden individueel-psychologisch, door met de moderne Erkenntnistheorie de vormen en resultaten van het denken in verband te brengen met de hersen- en zenuw-processen; òf wel sociaal-psychologisch, door te vergelijken de voorstellingen, gedachten en beginselen waartoe de éene menschengroep is gekomen met die waartoe de andere, in tijd of plaats daarvan verwijderd (dus historisch of ethnologisch in een andere phase levend) kwam.

Van het laatste gezichtspunt kan iedere wijsbegeerte, kan alle rationeel-denken hoofdzakelijk als uitvloeisel eener bepaalde cultuur, als symptoom dáárvan, worden beschouwd, en de geheele geschiedenis der wijsbegeerte niet als een

— critische òf objectieve — uiteenzetting van vele stelsels, maar essentiëel als wordingsgeschiedenis van het menschelijk denken.

Het »uiteenzetten" van de philosophische systemen die elkander opgevolgd zijn, of van de straftheorieën die van de Grieksche wijzen af tot onze dagen zijn geformuleerd, zóó als ware alleen de inhoud dier systemen en theorieën belangrijk, en met verwaarloozing van het feit dat zij op elkander volgden, geeft, als eenzijdig-statische beschouwing, slechts één kant van het wezen en de beteekenis ervan. Dien kant, die eeuwenlang de eenige was dien men zien kòn: de vraag naar de wáárheid van vroegere theorieën getoetst aan eigen theorie, òf (in een meer objectief stadium): de waarde van vroegere theorieën beoordeeld naar de nieuwheid van vinding, de zuiverheid van formuleering, kortom naar hun verdienste en schoonheid. Dit was groote vooruitgang bij den primitieven tijd, toen men met het vroeger-gewezene en vroeger-gedachte in het geheel geen rekening hield. Maar de geschiedbeschouwing van den tijd, waarin men de geschiedenis van ieder maatschappelijk verschijnsel — van religie, van kunst, van oorlog, van straf — afzonderlijk behandelt, èn waarin men alleen de opeenvolging geeft in plaats van de wording, komt noch aan een begrip van wat het verschil is tusschen alle cultuurphasen, noch van wat wij gemeen hebben met àl wat ons is voorafgegaan, toe.

In het late stadium van iedere cultuur komt de tijd van het terugzien op eigen geschiedenis. Dit kwam in het ondergaande Rome; dit kwam voor de westersche cultuur in de 19de eeuw. Waar dit tegelijk een tijd is, die het overwegend-analytisch denken van de voorafgaande phase overwonnen heeft, daar ziet de moderne geschiedbeschouwing de geheele historie der menschheid vooral als wor-

dingsproces, en dat wordingsproces zelve als een éénheid, die de omvorming der afzonderlijke maatschappelijke instellingen en ideeëncomplexen mede beheerscht. Iedere schakel is dan organisch met den vorige verbonden, èn ieder verschijnsel van een tijd hangt organisch met de andere van denzelfden tijd samen.

Wordt de geschiedenis zoo vóór alles als ontwikkeling van de eene phase tot de andere, en wordt iedere cultuurphase als een eenheid beschouwd, waarvan de vormen, die de maatschappelijke verschijnselen in dien tijd vertoonen, slechts uitvloeisel zijn, dàn komt men ook tot een geheel andere beoordeelingswijze van vroegere philosophieën en theorieën. Vanuit deze — in haar zuiverheid natuurlijk niet houdbare — beschouwingswijze staat men daar niet critisch tegenover; de rechtvaardiging van iedere theorie ligt hier in het feit, dat het in den loop der ontwikkeling tot deze phase heeft moeten komen. Ook de straftheorieën hebben dan, als uitvloeiselen van de ontwikkeling van hun tijd, slechts symptomatische beteekenis.

En anderzijds vervalt vanzelve de strenge scheiding tusschen de geschiedenis van het strafrecht en de overige cultuurgeschiedenis. De straf is met alle andere verschijnselen der menschenmaatschappij gegroeid uit het naïeve reactieleven van den oermensch, gegroeid met de langzame differentieering der maatschappij en bewustwording van het menschelijk denken. Een deel van de phases die dat, wat wij thans straf noemen, heeft doorgemaakt, kennen wij; een gróóter deel ligt aan gene zijde van onze wetenschap, in de praehistorie, en kan in hoofdzaak slechts langs vergelijkend-ethnologischen weg worden benaderd. Met het langzaam ervarener en intelligenter worden van den mensch is zijn maatschappij gecompliceerder geworden en zijn criminaliteit van karakter veranderd; en óók de straf heeft

zich steeds mee gewijzigd, niet alleen omdat de criminaliteit anders werd, maar omdat de reactie van den mensch daarop veranderde, omdat hij bewuster werd, verder vooruit leerde zien, altruïstischer leerde voelen. En in de laatste, historisch goed bekende eeuwen zien we in fijner vormen steeds het strafrecht en de strafopvattingen zich meeomvormen met den algemeenen geest van het tijdvak. Dit is niet op te vatten als beïnvloeding van het eene verschijnsel door het andere; veeleer ontwikkelen zich alle verschijnselen parallel (zij het ook niet steeds gelijktijdig) in verband met de steeds groeiende macht van het menschelijk denken tegenover de omringende wereld, in verband met zijn, op grond van voortdurende ervaring [1]), steeds gecompliceerder leven, steeds meer onafhankelijk worden van oogenblikkelijke indrukken; — terwijl deze geheele ontwikkeling zich voltrekt langs den weg van actie en reactie en ieder tijdvak weer voorloopig en schijnbaar ongedaan maakt wat het vorige verworven had. — Wanneer dus de ontwikkeling van het Strafrecht in verband gebracht wordt met de ontwikkeling van andere maatschappelijke verschijnselen, met kunst, politiek, economie, philosophie, dan is dat niet om aan te toonen dat het strafrecht van die allen invloed ondervond, maar omdat de geest van den tijd zich in al die verschijnselen èn in het strafrecht gelijkelijk uit; omdat het strafrecht van een tijd ons eerst juist verstaanbaar wordt wanneer dezelfde eigenaardigheden als het vertoont, óók tot ons spreken uit andere cultuuruitingen van dat tijdvak. Het essentiëele van de ontwikkeling van het strafrecht is niet het verband met economische of politieke omstandigheden,

---

1) Zie VERWORN, Die Entwicklung des menschlichen Geistes, 2e Aufl. Jena 1912, spec. p. 27—32 en 35—42.

maar het verband met de ontwikkeling die de verhouding van den mensch tot de hem omgevende wereld en tot zichzelven doorliep.

Alle strafrecht gedacht in verband met de cultuurontwikkeling, alle straftheorie in verband met het wezen van haar tijd; — deze houding ten opzichte van de levensproblemen — hier ten opzichte van het strafprobleem — schijnt, oppervlakkig gezien, mee te brengen een berustend-hopeloos aanvaarden van alle cultuurphasen als gelijkwaardig en een terzijdestellen van alle „oordeel". Toch is dit niet zoo. Want hoewel bij deze beschouwing het historische element overweegt, toch is het „begriffliche" niet uitgesloten. Niet alsof het alleen náást het historische bestond, los daarvan, en alleen omdat het critisch oordeelen zich nu eenmaal niet geheel laat uitschakelen; maar wel verre van uitgesloten te zijn, verwezenlijkt het zich in de beschouwing der historie zelve — immers in het begrip „evolutie" ligt reeds een element van waardeering vergeleken met de eenvoudige historische opeenvolging, een hóóger stellen van het éene boven het andere, een toetsing dus der feiten aan iets ànders: aan ons eigen denken en begrip, waarvan we de ontwikkeling wéér vinden in den ontwikkelingsgang van ieder ander verschijnsel. Niet dus worden van hier alle phases der rechts- en der cultuurgeschiedenis als gelijkwaardig beschouwd; van het hoogere standpunt af weten we, dat datgene wat we vooronderstellen en overwonnen hebben, en waarop we van boven af kunnen terugzien, armer was aan differentiatie, grover was in gevoel, dan de tijd dien wij beleven; maar we weten dit niet door een critiseerend-tegenover-dat-vroegere-staan, maar door het van-binnen-uit meeleven met de ontwikkeling ervan. En van daaruit weten we óók, dat al moge de eene phase primitiever, minder

cultureel zijn geweest dan een volgende — (of dan een voorafgegane, want dit alles wisselt, en òf er ondanks allen schijnbaren cirkelgang toch een — spiraalvormig — stééds hooger stijgen is kunnen wij slechts vermoeden) — dat toch géén van die allen „fout" zijn geweest, géén van allen eenvoudig op een „onjuiste redeneering" hebben berust, maar dat zij allen intrinsiek het product geweest zijn van de phases die de menschheid moest doormaken. Wat was is niet vreemd aan wat is; het is hetzelfde in anderen vorm en in anderen graad; wat toen hoofdzaak was, is nu rudiment, en wat nu hoofdzaak is, was toen kiem.

Zoo is voor de historisch-evolutionistische beschouwingswijze opnieuw een oordeelen over de verschijnselen dezer wereld mogelijk: een oordeelen over betrekkelijke waarden, waar zij geen absolute waarden of onwaarden meer erkennen kan; — een waardeoordeel, dat innerlijk gebaseerd is op de ontwikkelingsgedachte; dat niets geheel uitschakelt of veroordeelt, maar wèl ziet een verschil in ontwikkelingsgraad.

En deze beschouwingswijze, die op het gebied van de strafrechtspractijk brengt het inzicht, dat géén verschijningsvorm dien de straf ooit heeft aangenomen, zonder meer van redelijkheid is verstoken geweest, gelijk ook géén er ooit gehéél-goed is geweest of kan zijn, maar die de ontwikkeling van lageren tot hoogeren strafvorm gadeslaat — deze beschouwingswijze ziet ook den strijd tusschen verschillende richtingen en theorieën in een milder licht dan de critische, partijkiezende levenshouding dit doet, maar beschouwt dien strijd toch ook anderzijds minder als een tafereel der menschelijke dwaasheid, dan hij dit volgens de meer statisch-wijsgeerige leer van de betrekkelijkheid aller dingen is.

Want al de, elkander bestrijdende, redeneeringen der

menschen worden voor deze beschouwing — niet alleen àllen betrekkelijk juist —, maar vóór alles worden zij vertegenwoordigers van de verscheidenheid dezer wereld en van de natuurlijke begrensdheid van al wat eindig is; — begrensdheid waardoor ieder slechts vanuit eigen gezichtspunt zien kan, en zoo noodwendig den ander misverstaan en bestrijden moet; terwijl al deze veelheid en tweespalt dienstig is aan de rijke en veelzijdige voortontwikkeling van het Geheel, dat geen menschenoog overzien kan, — maar van de wetten waarvan de mensch — (niet alleen begrensd déél van het geheel, maar ook zelve mikrokosmisch zijnde) — toch in „Ahnung" iets kan vermoeden. En dàn schijnt hem reden van de voortdurende wisseling aller dingen: dat alles steeds onvolmaakt is en dààrom naar volmaking zoekt; maar telkens, als het iets nieuws gewonnen heeft, iets ouds verliest, en zoo nooit tot volledigheid geraakt, en dat zoo de Onvolkomenheid wel de wet dezer wereld is, daar het dìt juist is wat haar bewegende houdt. Maar ook: dat ondanks alle onvolkomenheid die blijft, ondanks alle verliezen die de menschheid in den loop harer geschiedenis lijdt — verliezen aan schoonheid, waar hare cultuur intellectualistisch, aan enkelvoudigheid, waar hare levensopvatting dualistisch-religieus wordt, enz. — toch anderzijds iedere nieuwe tijd een winst vertegenwoordigt, die gróóter is dan het verlies.

Taak van iedere „beweging", iedere „nieuwe richting" — op wèlk gebied ook — blijkt dan: een nieuw element naar voren te brengen, dat tot nu toe wel is waar potentiëel — maar dan ook niet anders dan potentiëel — in den vroegeren cultuurtoestand school.

En in onze wereld van onvolmaaktheid en verscheidenheid wordt dit bereikt langs omwegen: door strijd, bot-

singen en schokken: doordat de „nieuwe richting" telkenmale meent, dat er slechts één waarheid is — en dat is de hare; en doordat er een tegen-partij is, die het nieuwe voor algeheel uit den booze houdt; en doordat beiden elkander wederkeerig misverstaan; en doordat er dan langzamerhand allerlei tusschengroepen komen; en doordat de practijk tenslotte een weg gaat, die de resultante is van de beweging der nieuwe richting, èn van de tegen-beweging der behoudende groep. En dàn meent steeds de richting, die tot voor kort „de nieuwe" was, dat àl haar eischen nog lang niet zijn vervuld, en dat zij droevig teleurgesteld is in wat zij van de wereld verwachtte — terwijl zij toch slechts in de geschiedenis der menschheid gebruikt is om mede te werken aan een volgende phase, die, gegeven de gecompliceerdheid der menschelijke samenleving, onmogelijk aan het ideaal ééner groep kon en mocht beantwoorden. Dit is het noodlot van iedere beweging: dat zij nooit bereikt wat zij wenscht, omdat zij verblind en eenzijdig moet werken en dus zelve niet weet wàt zij in waarheid tot stand brengt; — en dit haar troost: dat haar táák er niet te minder om is, daar zij factor, werktuig is in de hand van de wereldontwikkeling.

* * *

We zeiden, dat de descriptieve en de normatieve beschouwingswijze nooit geheel op zichzelve bestaanbaar waren, dat ieder vanzelve iets van de andere meebracht.

Hoe staat het nu met de historische methode, die het wezenlijke van iets uit zijn wording zoekt te kennen, d. i. uit zijn verband met het vroegere, en zijn verhouding tot de tegenwoordige overige cultuur; die niet aanvaardt de mogelijkheid van een opklimming der menschelijke samenleving van een „ongelukkige" tot een „gelukkige", of een

achteruitgang van een „gelukkige" tot een „ongelukkige", die alleen verschil in graad van differentiatie en verschil in cultuurstadium ziet [1]; — hoe staat deze historische beschouwingswijze tegenover toekomst-problemen?

Concreter gezegd, en met het oog op het vraagstuk waarop wij hier vooral willen doelen: kan deze historische methode alleen inzicht geven in de wording en vandaar in het wezen der straf, kan zij alleen troostend wijzen op de ontwikkeling der straf van meer barbaarsche tot meer humane vormen, en kan zij de tegenwoordige woelingen omtrent het strafbegrip alleen begrijpelijk en „vergefelijk" maken; — maar heeft zij dan als zoodanig, àls historische beschouwingswijze, in den strijd van onzen tijd zelve niets te zeggen, en moet wie haar aanhangt en zich toch niet afsluiten kan van de problemen van zijn tijd, (en ook inziet dat allerminst historisch denkt wie de historie, d. i. de beweging, voor de toekomst meent te kunnen uitschakelen) die overdenken los van het historisch inzicht in de wording en de betrekkelijkheid dezer dingen?

Het is een van de groote vragen van dezen tijd, hoe, uit en over zijn betrekkelijkheidsinzicht héén, te komen tot een nieuwe affirmatie, een nieuwe activiteit. Het is de groote taak, dezen weg te vinden niet door een ter zijde stellen van het verworven inzicht, niet door een wederom tot ondoordachtheid, illusie en dogma terugkeeren — hoewel deze drie nooit geheél kunnen noch moeten worden uitgeschakeld — maar juist dóór de beschouwing van het verleden heen een nieuwen band met de toekomst te knoopen.

1) Tengevolge waarvan wèl in sommige tijden, speciaal in overgangstijden, een sterker gevoel van ongeluk en mistroostigheid op een volk kan drukken dan in andere. Dit is een verschijnsel van volkspsychologie en doet niet af aan het feit, dat men zich in vroeger tijden niet genoeg heeft ingedacht, wanneer men meent òf, dat toen alles goed en moeiteloos, òf, dat toen alles egoïstisch, wreed en grof was.

Zoo als het óók een crisis van dezen tijd is, hoe door het inzicht in de betrekkelijkheid van goed en kwaad heen toch tot een nieuwe positieve moraal te komen.

— Het komt alles vanzelve. Vanzelve slaat de historische beschouwing, vanzelve slaat het inzicht in de betrekkelijkheid van goed en kwaad om tot „opvatting"; vanzelve blijkt de descriptieve beschouwing ook hier haar normatief element mee te brengen.

Want zoodra wij, uitgegaan van een overwegend descriptief getinte beschouwing van de wording der „nieuwe richting", onze gedachten dàn wenden op den inhoud van den scholenstrijd zelve, op de tegenwerpingen die de klassieke school tegen de nieuwe richting inbrengt, blijken wij, vóór de vraagstukken zelve geplaatst, ook die te bezien in historisch licht: — óók de vraag, of er van het „strafrecht" niets overblijft, wanneer aan de leer van den vrijen wil, of aan de straftoemeting in verhouding tot de zwaarte der daad wordt getornd, — óók de vraag, of het wezen der straf lijnrecht tegenovergesteld is aan dat van den veiligheidsmaatregel, — zullen wij vanzelve terugbrengen tot de vraag naar de wording dier instellingen en der begrippen daaromtrent; en wij zullen vanzelve ook die problemen bezien vanuit het algemeene inzicht in de voortdurende verwording aller dingen, waarbij hun „wezen" gestadig verandert en zich omvormt, en toch niet „aangetast" wordt.

En zie: hiermee heeft de historische beschouwingswijze reeds haar normatief element geopenbaard. Want hier blijkt zij zèlve maatstaf van beoordeeling te zijn geworden, zèlve criterium, waaraan de houdbaarheid van philosophische of practische bezwaren getoetst wordt!

Het lag reeds in het feit, dat nooit òf historische òf statisch-critische beschouwing bij uitsluiting van het ander

bestaanbaar is, en dat daarenboven een ruimer historisch begrijpen juist leert de noodzakelijkheid van alle voortdurende actief-critische levenshouding, opdat ook in de toekomst de „historische ontwikkeling" voortga — in dit alles lag reeds dat ditzelfde inzicht ons niet leiden zou tot afwijzing van het mededoen, als factoren in de steeds gaande blijvende voortbeweging, met de stroomingen van onzen tijd. De vraag was slechts, hoe wij ons dat overgaan van historie tot critiek, van beschouwend-alles-latengelden tot actief formuleeren van wenschen voor de toekomst, hadden te denken.

Niet zóó dus, alsof het „Seiende" en het „Seinsollende" [1]) geheel gescheiden begrippen waren, los van elkander geldende, en alsof de mensch, voorzoover hij richting gaf aan de werkelijkheid door zijn pogingen tot verwezenlijking van eigen toekomstvoorstellingen, dit behoorde te doen zonder wijsgeerig betrekkelijkheids-inzicht of daarbuiten òm, en geloovende in de absolute waarde en waarheid zijner idealen en overtuigingen.

Oók niet alsof het „Seinsollende" uit het „Seiende" eenvoudig zou kunnen worden afgeleid. Want hoezeer wij kunnen trachten verleden en heden, het gewezene en het zijnde, te kennen en de ontwikkelingswetten te begrijpen volgens welke het een tot het ander is geworden

---

1) Vergelijk over den samenhang of niet-samenhang dezer beide begrippen de polemiek tusschen:

v. LISZT, Zeitschr. f. d. ges. Strafr.wiss. XXVI, p. 553 en XXVII, p. 91, en Inleiding tot zijn bijdrage voor de Vergleich. Darstellung (V, 4.).

RADBRUCH, Über die Methode der Rechtsvergleichung, in: Monatschrift für Krim. psychol. u. Str. reform II, p. 424.

KANTOROWICZ, Probleme der Strafrechtsvergleichung, in: Monatschr. f. Krim. psych. u. Str. reform IV, p. 65.

SALOMON, Der Gegenstand der Rechtsvergleichung, Ibid. p. 567.

VAN CALKER, Vervollkomnungsidee u. Entwicklungsgedanke im Strafrecht, in: Zeitschr. f. d. ges. Strafr.wiss. XXXII, p. 149.

— nooit kunnen we van daaruit de toekomst projecteeren als „het wenschelijke." De begrippen „sein sollen" en »sein werden", jus constituendum en jus futurum, dekken elkander nu eenmaal niet voor begrensd-menschelijk standpunt. Want wat realiteit wordt, is resultante van àlle stroomingen en wenschen, waarin dus uitteraard géén dezer vervuld wordt. Samenvallen doen het „Seinsollende" en wat men zou kunnen noemen het „Seinwerdende" dus alleen voorzoover de mensch afstand doet van eigen eindige inzichten en wenschen — dat is met andere woorden, voorzoover hij vrede heeft met den gang der gebeurtenissen en dus eigenlijk niets „Seinsollendes" daartegenover meer nastreeft; en dit kan de mensch, eindig zijnde, niet anders dan voor oogenblikken. Maar meer nog: het eenvoudige helpen-verwezenlijken van wat komen zal kan nooit menschelijk ideaal zijn en is geen menschelijke taak. Menschelijk ideaal is steeds: aan het wordende een bepáálde richting, zijn bepaalde richting te geven — richting die òf te slecht òf te goed voor deze veelzijdige en onvolkomen wereld blijken zal, maar die, als moment in wat wordt, waardevol en onontbeerlijk is.

Geen rechtsvergelijking en geen rechtsgeschiedenis kan ons leeren, in welke richting zich de toekomstige ontwikkeling voltrekken zal, en nog véél minder, wàt wij als wenschelijk hebben te beschouwen en na te sreven.

En tòch is er verband tusschen de houding van den mensch tegenover het verleden en die tegenover de toekomst; want het begrijpen dat het meeleven met het verleden hem gaf, dàt behoudt hij — niet als een afgebakende wetenschap en wegwijsheid van hoe het nu verder worden moet, maar als een doordrongen-zijn van enkele algemeene wetten, als een inzicht in de verhouding van veranderen en gelijkblijven, als een berustende erkenning

van eigen eindigheid — en daarmee een aanvaarding van de taak, die juist aan alle eindige en beperkte groepen, bewegingen en richtingen als zoodanig is toegewezen.

Van dit standpunt laat zich het, bij het beschouwen van het „gewezene" en het „zijnde" verkregen, historisch inzicht niet meer wegdenken, om daarnaast en los daarvan óók nog naar iets te zoeken dat „behoorde te zijn". Maar evenmin kan het historisch-sociologisch inzicht uitsluitend-beschouwend blijven; vanzelve stolt het tot „opvatting", vanzelve slaat het om tot „meening", zoodra wij ons met vooronderstelling van dat inzicht indenken in de practijk; en terwijl het, zuiver historisch blijvend, alle argumentatiën van iedere richting als historisch veroorzaakt èn historisch noodwendig aanvaardt, richt het zich nu tegen of vóór diezelfde argumentatiën om aan te toonen, wat er daarin „historisch juist" of „historisch onjuist" is! En van dááruit inderdaad wordt óók de historische opvatting weer tot vereindigd stelsel, tot theorie, en helpt als zoodanig weer mee aan de ontwikkeling der Werkelijkheid, die van zulk eene veelomvattendheid is, dat ook onze zoogenaamde veelzijdigheid van inzicht daarin slechts als moment mededoet.

Zoo is de historische beschouwingswijze, die aanvankelijk alles liet gelden — zij het ook niet als alles zijnde van gelijke waardij — en die aanvankelijk alleen gadesloeg, nu gebleken onmiddellijk óók een anderen kant te hebben en maatstaf van beoordeeling te zijn, daar het inzicht in de betrekkelijke geldigheid zoowel van het oude als van het nieuwe, en in de voortdurende wisseling, en in de evolutie van eenvoudiger tot rijker cultuur, vanzelve òmslaat tot het als onjuist — zij het dan ook historisch noodwendig — qualificeeren van meeningen, die met deze historische wetten geen rekening houden.

De nieuwe historische beschouwingswijze, die de voortzetting van het verleden mede in het veld harer overdenkingen trekt, omdat zij weet dat er inzooverre geen essentiëel verschil — alleen een verschil van den toeschouwer uit — is tusschen wat was en wat zijn zal, als ook het laatste weldra Verleden zal zijn, — deze nieuwe historische beschouwingswijze blijkt niet onbruikbaar als richtsnoer ook voor het sociaal-politisch leven. — Deze is niet meer een eenzijdig- en uitsluitend-historische opvatting, die alles veroordeelt wat eenzijdig-normatief-idealistisch dogma is. Want zij weet, dat uitteraard in tijden van revolutie of reformatie het statische, normatieve denken moet overwegen, terwijl het overwegend descriptieve beschouwen komt in de tijden van bezinking. En hiermee heeft zij juist voor het wezen van „nieuwe richtingen" een nieuw begrijpen: zoowel in descriptieven, historisch-waardeerenden als in normatieven, de afzonderlijke vraagstukken waarover het conflict loopt beoordeelenden, zin.

Historische en critische, dynamische en statische beschouwing blijken onverbrekelijk samen te hangen; philosophisch en actief leven blijken niet van elkander verlaten te zijn; het inzicht in het „Seiende" blijkt element te kunnen zijn in de formuleeringen omtrent het „Seinsollende", terwijl het tevens met het „Seinwerdende" vrede doet hebben.

***

Zoo schijnt ons dan ook het tegenwoordige conflict tusschen de oude en de nieuwe richting in het strafrecht te moeten worden beschouwd niet als een strijd, waarbij de houding van één van beide partijen onwenschelijk en verderfelijk is, maar als een kenteringsproces van het strafbegrip, zooals er voordien reeds vele geweest zijn en nadien nog vele zullen komen.

Als zoodanig wordt de tegenwoordige crisis vanzelve in verband gedacht met het verleden en met de wordingsgeschiedenis van het tegenwoordige strafbegrip en van de tegenwoordige straftheorieën.

Die wordingsgeschiedenis van het West-Europeesche strafbegrip is vanzelve een deel van de ontwikkelingsgeschiedenis van het menschelijk denken en voelen, van de cultuurgeschiedenis. De wijzigingen, die het strafbegrip heeft doorgemaakt, zijn slechts enkele kanten van de wijzigingen die de geheele cultuur doorloopen heeft. Wat door Herder en door de historische school de „volksziel", door Lamprecht de „psyche van het tijdvak" genoemd wordt, spiegelt zich in àl zijn verschijnselen, waarvan het strafbegrip er één is.

Waar het ons hier nu niet te doen is om een volledig overzicht van alle schakeeringen, die de straf ooit in practijk of theorie heeft aangenomen, maar om den tegenwoordigen strijd te belichten vanuit de cultuur waarin hij ontstond, zal van die ontwikkelingsgeschiedenis alleen worden gevolgd wat voor het aangeven van haar hoofdrichting karakteristiek is.

Bezwaren zijn er tegen deze methode zeker.

Allereerst is er het oude gevaar van te deductief te werk te gaan en de ontwikkelingslijn als te eenvoudig te gaan opvatten. Deze vervlakking van de ontwikkelingsgedachte en miskenning van de veelheid en onregelmatigheid der verschijnselen is echter grootendeels te voorkomen door de doordringing met het inzicht, dat wat zich later ontwikkelt steeds in aanleg reeds in het oorspronkelijke aanwezig was, en dat, wat vroeger hóófdkaraktertrek was en langzamerhand teruggedrongen wordt, toch als rudiment blijft, zij het ook in ietwat andere vormen dan de oorspronkelijke. En: dat ieder tijdvak, en dus ook de rechts-

instituten van ieder tijdvak, veel te gecompliceerd zijn dan dat hun eigenaard zich in één formule zou laten samenvatten; — dat er ook in tijden van overwegend rationalistisch denken soms concreet-historische redeneeringen worden gehouden; dat we ook in tijden van overwegend generale preventie gevallen van goed doordachte speciale preventie vinden [1]), en zoo meer.

Maar wanneer we dit indachtig blijven: dat géén tijd, géén verschijnsel zich gehéél dekt met de karakteriseering die wij er later van geven, dat iedere tijd gecompliceerder is dan zijn formule, dàn juist kunnen we zonder gevaar opeenvolgende tijdvakken naar hun hoofdeigenschappen karakteriseeren. Want dàn doen we dit niet om hun wezen kort in een dergelijke formule saam te vatten en daarmee àf te doen, maar alleen om de verhouding der tijdvakken tot elkander in hóófdzaak aan te geven — geheel met erkenning van het feit, dat talrijke elementen van een vroeger of later tijdvak nog of reeds in het andere aanwezig zijn.

Een tweede moeilijkheid is, dat wij, bij het markeeren van een strafrecht als overwegend doel- dan wel als overwegend vergeldings-strafrecht, als primitief dan wel als ontwikkeld staats-strafrecht, uitgaan van de voorstellingen en onderscheidingen van onzen tijd zelve. De termen, waarmee wij een primitieven tijd typeeren, zijn door ons geformuleerd als door menschen die weten waar die ontwikkeling op uitgeloopen is.

Voor een gedeelte kan dit worden gecompenseerd door een ernstig invoelen en terugverplaatsen in vroeger cultuurstadium; maar het feit dat dit vroegere gezien wordt in een verband dat het zelf niet zag, blijft.

---

1) B. v. midden in het afschrikkingsstrafrecht der late Middeleeuwen gevallen van wat wij tegenwoordig noemen voorwaardelijke veroordeeling.

Dit evenwel geldt voor iedere geschiedschrijving; voor degene, die een ontwikkelingslijn over een lang tijdperk vervolgt, slechts in iets verhoogde mate. Ondanks alle pogingen tot het tegendeel kàn de historicus niet schrijven in den geest zelve van den tijd dien hij weergeeft; niet alleen omdat zijn wezen anders is dan dat van dien tijd, maar óók omdat hij weet wat er gevolgd is. Dit is een nadeel voorzoover men den nadruk legt op die ééne taak der geschiedeniswetenschap: algeheele weerspiegeling van den geest van den tijd dien men behandelt. Maar het is tevens een vóórdeel: men ziet nu wat de tijdgenoot nog niet zien kòn. Minder goed dan de tijdgenoot voelt men, wat in dien tijd zelf belangrijk gevonden werd — en opzichzelve is dit zeker één der vragen, wier beantwoording voor de cultuurgeschiedenis belangrijk zijn; — maar wèl weet men wat achteraf belangrijk gebleken is. De latere weet waartoe, „in het licht der eeuwigheid gezien", noodig is geweest wat de vorige tijd beleefde; hij weet, waartoe het geleid heeft. —

Van juridische zijde kan voorts aan een methode, die alle rechtsbegrippen als vloeiend en verwordend beschouwd, haar gebrek aan dogmatisch-juridische constructie en behandeling van het strafbegrip, in het algemeen haar gebrek aan definitie, worden tegengeworpen.

In verband hiermee allereerst eenige opmerkingen over de juridische constructie in het algemeen.

Bij het proces van differentiatie van alle uitingen van volksleven heeft ook het Recht zich losgemaakt van zijn bodem: het maatschappelijk verkeer, en heeft een gedeeltelijk zelfstandige ontwikkeling doorgemaakt. Dit feit zelve — vooral in verband tot de herleving van het Romeinsche Recht en tot de Scholastiek te denken — is historisch veroorzaakt geweest. Het is kenmerkend voor den geest

der Middeleeuwen dàt deze afscheiding plaats had; en even kenmerkend voor den geest der negentiende en twintigste eeuw dat thans weer naar overbrugging van die klove gestreefd wordt — naar vrije rechtspraak, naar evolutieve wetsinterpretatie, naar materieele waarheid, naar practische opleiding der rechters of leekenrechtspraak enz. — Zoo is het feit zelve van het gelden van een afzonderlijke juridische denkwijze, van een geheel systeem van „juridische constructies," tenslotte óók te beschouwen als een cultuurhistorisch verschijnsel, dat bepaalde tijdsstroomingen tot voorwaarde had, dat ontstaan is en vergaan zal.

En slechts als zoodanig is het in het kader dezer beschouwing van belang: als een phase in de geschiedenis van het strafbegrip. Zelven van historisch standpunt ziende, kunnen wij van het strafbegrip geene statisch-juridische definitie geven; immers wij zien de straf in voortdurende ontwikkeling en verwording, als een maatschappelijke uiting wier wezen zich juist openbaart in haar samenhang met de wisselende cultuur van iederen tijd. „Die Definition soll beschreibend sein, indem sie vom gegenwärtigen Recht zurückschaut auf das frühere und ebenso aber auch prospektiv in die Zukunft blickt. Gleichen doch die bisherigen dogmatischen Definitionen einer Behandlungsweise, welche das Wasser, um es zu fassen, zu Eis gerinnen lässt, welche verkennt, dass die Natur des Rechts eine flüssige ist und sein Fluss ständig Vergangenheit und Zukunft in sich vereinigt" [1]). De dogmatisch-juridische definitie dateert uit den tijd vóór breedere historische en ethnologische onderzoekingen, uit den tijd dat men op de uitsluitend West-Europeesche gegevens van uitsluitend één tijdvak zijn

1) KOHLER, Subjektivismus und Evolutionismus; in: Zeitschr. f. vergleich. Rechtswiss. XXVII, p. 244.

rechtsphilosophie optrok. De juridische redeneering heeft een belangrijke rol gespeeld bij de ontwikkeling van het recht; maar zij is uiting van eene bepaalde cultuurperiode — en wel van eene, die in hoofdzaak reeds in het verleden ligt. Daarnaast beleven wij thans het opkomen van een streven, het wezen der rechtsverschijnselen uit hun wording te begrijpen, en daarbij, na een tijd van uitsluitend historisch en ethnographisch detailwerk, opnieuw tot philosophische synthese te geraken [1]). En wij zien in de oppositie der dogmatisch-juridische denkwijze tegen de nieuwere sociologische rechtsopvattingen niets anders dan een zich steeds herhalend, noodzakelijk e n o n m i s b a a r cultuurverschijnsel: dat aan het einde van ieder tijdvak de geestesrichting, die in dat tijdvak de heerschende is geweest, niet zich in kan denken in nieuwe mogelijkheden, maar alle nieuwe verschijnselen en leerstukken toetst aan háár oude beginselen, en dàn natuurlijk tot de slotsom komt, dat het nieuwe tegen logica, recht en moraal indruischt, en dat dus de geheele cultuur gevaar loopt, wanneer de vormen waarin z ij die gekend heeft verloren gaan; — precies zooals dat de n u „oudere" richting vergaan is in den tijd, toen zijzelve nog jong was en een toenmaals „oudere" richting begon te verdringen. Terwijl de jongere richting de oudere als eens-voor-al foutief beschouwt, waar deze toch slechts is: de voortzetting der theorieën van een v r o e g e r tot in een n i e u w tijdperk.

Hoewel de betrekkelijke waarde van juridische definitiën

1) Voor het gebied van het strafrecht geeft een bewerking der gehééle stof in dien geest MAKAREWICZ in zijn „Einführung in die Philos. des Strafrechts auf entwicklungsgeschichtlicher Grundlage", en, hoewel iets minder overwegend ethnologisch, BEROLZHEIMER in zijn „System der Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie; Band V: Strafrechtsphilosophie und Strafrechtsreform". (Beide schrijvers zijn overigens niet geheel als tot eenzelfde richting behoorende te beschouwen).

vooral voor de vroegere ontwikkeling van rechtssystematiek en rechtsphilosophie erkennende, kunnen wij dus hier daarmede niet werken. Maar meer nog: we kunnen in het algemeen niet „scholastisch", niet definieerend, niet bewijzend, niet concludeerend te werk gaan. Geen levend verschijnsel laat zich in een definitie samenvatten, geen cultuurhistorische samenhang laat zich bewijzen. „Nichts in der Geschichte lässt sich als ein Ergebnis gegebener Bedingungen, die ein natürliches System erwirken, ableiten. Alles ist in ihr individuell d. h. lebendig, Menschen und Völker" [1]). Bij cultuurwetenschappen en speciaal bij cultuurhistorische en sociaal-psychologische vergelijkingen zal, juist omdat het hier om het levende Gehéél en niet om zijn (desnoods in cijfers of feiten vatbare) verschijnselen gaat, het invoelend begrijpen steeds een grooter plaats blijven innemen dan bij de exacte wetenschappen, zij het ook, dat tegenwoordig bij deze laatste de waarde der phantasie ook in meerdere mate dan vroeger erkend wordt.

Men versta dit niet zoo, alsof hier opnieuw de deductieve geschiedbeschouwing boven de inductieve wordt gesteld. Het gaat hier om een geheel andere tegenstelling. Bij de overwegend deductieve historiographie (van Abegg, Köstlin e. a.) werd de ontwikkelingslijn in hoofdzaak voorop-gesteld en de feiten daaraan min of meer dienstbaar gemaakt. De moderne richtingen in de geschiedschrijving echter, die in feiten-onderzoek en feiten-weergave niet meer het éénige zien, staan tegenover het feitenmateriaal niet aprioristisch-ordenend; integendeel: zij willen dat zéér voor zich zelve laten spreken. Maar zij verlangen er meer van dan de tijd van den bijna uitsluitenden détailarbeid deed: waar zij een volk en een tijdvak als Geheel zien, niet

1) W. DILTHEY, Auffassung und Analyse des Menschen im 15. und 16. Jahrhundert; in: Archiv für Geschichte der Philos. IV, (1891), p. 611.

alleen als som zijner deelen, daar verlangen zij ook dat dit als Geheel tot hen spreke, en dat is langs uitsluitend analytischen weg niet mogelijk. Rijkdom van feitenmateriaal is hier voorwaarde, maar meer niet; met dat alleen, èn met uitsluitend-intellectueel daaruit opgetrokken „conclusies", laten zich wezenseigenaardigheden noch van een mensch, noch van een volk, noch van een tijdvak, — noch het algemeene verloop van analoge tijdvakken bij verschillende volkeren erkennen en weergeven; nog minder laten ze zich bewijzen; ze laten zich slechts langs anderen weg plausibel maken.

De voor de hand liggende tegenwerping, dat een langs dien anderen weg tot stand gekomen interpretatie der verschijnselen subjectief is, berust in hoofdzaak op schijn; want integendeel: daar, waar men schijnbaar en zoogenaamd niet interpreteert, maar de feiten en toestanden van vroeger tijd weergeeft zonder in éénige mate den geest van dien tijd daarbij gevoeld te hebben (iets, waarvan gelukkig nooit eenig historicus geheel verstoken is geweest), daar interpreteert men in waarheid de feiten volgens zijn eigen tijd, brengt ze in zijn eigen gedachtenspheer en doet hen dus onrecht. Zonder begrijpend terugverplaatsen in wat toch ons eigen verleden is, zonder wat men zou kunnen noemen historische intuïtie zijn vroegere feiten en instellingen niet anders, dan verkeerd belicht en van den modernen tijd uit gezien, te duiden.

Ten slotte zijn er nog meer philosophische bezwaren tegen eene voornamelijk historische beschouwing van het strafbegrip.

Aan de historische — en tegenwoordig ook aan de sociologische — beschouwingswijze werd en wordt verweten, dat zij „veritatem in initio quaerit", dat zij meent

het wezen van iets ontdekt te hebben wanneer zij zijn oorsprong heeft gevonden, terwijl toch het eigenlijke van een maatschappelijk verschijnsel (van de religie, van de straf enz.) meer openbaar zou zijn in een volgroeide hoogontwikkelde samenleving dan in primitieve tijden. Een verwijt, dat als reactieverschijnsel tegen overspanning van historicisme en sociologie waarde heeft, maar waarbij toch miskend wordt, dat men historisch denkend „de waarheid" en „het wezenlijke" niet „in het begin" zoekt, maar in de ontwikkeling van het begin tot dat wat er slechts in aanleg in aanwezig was.

En evenals dit is een ander bezwaar uiting van de overwegend statische philosophie: wat hééft men aan het nagaan der historie voor het begrijpen der tegenwoordige stroomingen en conflicten — iedere tijd heeft toch eigen karakter en problemen, geen is er restloos uit het verleden te verklaren.

Neen inderdaad niet, juist omdat iedere tijd een organisch verbonden Geheel is. Maar om het verklaren, zoo, dat iedere karaktertrek en ieder probleem van een tijd behoorlijk tot die van een vorigen teruggebracht zouden kunnen worden, gaat het ook niet. Iets anders is de vraag, of wij niet door het volgen van de ontwikkeling van lager tot hooger, van primitief tot gecompliceerd, en van de vormen waarin deze ontwikkeling zich voordoet, óók van al de onverklaarbaarheden daarin — of we daarmee niet de groote winst hebben gewonnen van, zij het in bescheiden mate, ook eigen tijd en de problemen daarvan sub specie aeternitatis — en dus in hun algemeene wezenlijkheid — te kunnen begrijpen. Het woord van Robert Fruin: „men kent slechts wat men heeft zien worden" [1]) is de

1) Verspreide opstellen. Deel IX, p. 366.

korte samenvatting van de diepste reden, waarom de mensch tot historisch denken gekomen is.

* * *

Tot zoover enkele hoofdpunten van de verhouding tusschen normatief-sociaalpolitische, descriptief-statisch-philosophische, en historische beschouwing van cultuurproblemen.

We zijn thans genaderd tot het nagaan, op de besproken grondslagen, van de vraag naar de beteekenis die aan het tegenwoordige conflict tusschen „oude" en „nieuwe" strafrechtsrichting is toe te kennen.

Het gaat hier dus om de verhouding tusschen het oude en het nieuwe, waarin het oude voortduurt maar tegelijk zich omzet en omvormt — om de vraag namelijk, inhoeverre de straf „straf" blijft wanneer ze verschillende kenmerken verliest die zij in vroeger tijd bezat; ook om de vraag, hoe de felle begin-uitingen der nieuwe richting, en hoe de vele latere tusschenstroomingen, en hoe de intusschen plaats gehad hebbende veranderingen in theorie en practijk zijn te beschouwen; dus om een onderdeel van wat Lamprecht noemt de „Mechanik der Übergangszeiten". Een onderdeel dat totnogtoe betrekkelijk weinig in dat licht gezien is, omdat de strafrechtsphilosophische problemen meer van statisch-juridisch oogpunt plegen te worden beschouwd.

Wanneer wij dat nu wèl zoo beschouwen, dan zien wij in een dergelijk conflict, als thans bestaat tusschen moderne en klassieke strafrechtsschool, slechts één schakel in den keten van de vele evoluties, die het strafbegrip in den loop der geschiedenis heeft doorgemaakt; en in die gehééle reeks van conflicten met betrekking tot het wezen der straf slecht één voorbeeld van de tallooze botsingen tusschen twee levensrichtingen, een oudere en een jongere,

die op ieder gebied hebben plaats gehad en nog voortdurend plaats hebben. Om rechtvaardig te wezen èn tegenover de oudere èn tegenover de nieuwere strafrechtsrichting, en om de diepere beteekenis van het conflict tusschen beide te begrijpen, moet dus mede worden overdacht de beteekenis van nieuwe richtingen in het algemeen, en hunne verhouding tot de voortontwikkeling der menschelijke cultuur.

Zoo zal dan eene beschouwing omtrent het strafbegrip, staande op historischen grondslag, moeten trachten na te gaan het wezen, de psyche der verschillende tijdvakken waarin het strafbegrip zijn opeenvolgende phases doorliep; en daarnaast, voorzoover ze critisch-beoordeelend optreedt, bij haar overdenking van de waarde of onwaarde der nieuwe richting in het strafrecht indachtig moeten zijn de algemeene wetten van taak en verloop van àlle „oude" en „nieuwe" richtingen, en aan zulke overdenkingen en vergelijkingen, inplaats van aan de conclusies uit het tijdvak der klassieke richting zelve, de nieuwe strafrechtsschool toetsen.

II. OVER DE GRONDSLAGEN EN WORDING DER NIEUWE RICHTING IN HET STRAFRECHT.

Deze „nieuwe richting", waarover sinds dertig jaren zoo felle strijd gevoerd wordt — waarin had ze haar oorsprong? bij welke andere bewegingen behoort ze? hoe is haar samenhang met het West-Europeesche strafrecht dat aan haar voorafging? hoe is de algemeene cultuur en daarmee het strafrecht in deze streken gegroeid zoodat het tot de „nieuwe richting" komen moest? Wat zijn dus, historisch gezien, de grondslagen — niet: de grondstellingen! — der nieuwe richting?

Wanneer we aldus zoeken naar de wortelen der tegenwoordige stroomingen in het verleden, dan onderzoeken we dat verleden niet geheel om-zijns-zelfs-wille; wij brengen het verleden in verband met het heden, evenals wij omgekeerd beschouwing van het heden niet willen en kunnen losmaken van het zich-rekenschap-geven van de wording ervan. Ons veld van onderzoek is dus niet het verleden opzichzelve, maar de verhouding van òns tijdvak, van ònze strafrechtsbegrippen, tot vorige.

Het betrekkelijke apriorisme, waarmee bij die vergelijking gedeeltelijk tòch reeds wordt uitgegaan van een wezen van het 19de eeuwsch strafrecht, laat zich voorloopig bij de zoo gecompliceerde cultuurwetenschappen moeilijk vermijden; bovendien is het meer schijnbaar dan werkelijk,

omdat iedere — oogenschijnlijk aprioristische — appreciatie van eenig tijdvak toch reeds op vergelijking met andere tijdvakken berust.

Wanneer we dan thans op de ontwikkeling van het strafrecht in de laatste tweeduizend jaren terugzien, zooals die zich in het West-Europeesche beschavingscentrum heeft afgespeeld, dan is het duidelijk, dat de Nieuwe Tijd voor ons begint met de achttiende eeuw. Met wat daarvóór ligt voelen we oppervlakkig weinig samenhang meer. En zoo is het immers op alle gebied met ons gesteld: kunst, letteren, philosophie en algemeen gevoelsleven der 18de eeuw — zij mogen dan nog zoo zeer verschillen van de onze — zijn ons niet vreemd, niet onverstaanbaar.

Dat het Aufklärungszeitalter betrekkelijk nog zoo tot ons tijdvak behoort, vindt er zijn oorzaak in dat wij nog in zéér vele opzichten onder de problemen, althans onder de normen, ervan leven; terwijl de normen van den tijd daarvóór tengevolge van Aufklärung en Revolutie op veel verder afstand van ons zijn teruggeweken — tenminste, in ons bewuste leven.

De verhouding tusschen den geest der 19e en dien der 18e eeuw is dan ook niet één van onverschilligheid en vreemdheid, maar één van antithese en vijandigheid. Immers zooals steeds geschiedt, hebben de normen der 18e eeuw een oneindig veel langer leven geleid dan de toestanden waaraan zij hun ontstaan dankten, terwijl er daarnaast ontstonden theorieën en normen die uitvloeisel waren van de ontwikkeling der 19e eeuw zelve. „Es ist eine überaus merkwürdige Thatsache", zegt Jellinek [1]), „dass jeder Fortschritt, jede Reformation der Ideeen niemals die Gesammtheit auf die neugewonnene Höhe hebt."

---

1) Der Kampf des alten mit dem neuen Recht.

Voor een zeer groot deel bewegen zich de geestelijke conflicten van onzen tijd om het losrukken van de normen, door Aufklärung en classicisme gesteld. In al de groote bewegingen, die aan de vrijwording van den enkeling in het einde der 18e eeuw haar ontstaan te danken hebben — in de vrijzinnige stroomingen op politiek gebied, in het feminisme, in de oeconomie, in het moderne godsdienstleven — zijn de twee richtingen aan te wijzen, waarvan de éene in laatste instantie, hoe ook intusschen gemodificeerd, teruggaat tot Aufklärung en klassieke vrijheidsleer, terwijl de ander een later oorsprong heeft en wortelt in de specifiek 19e eeuwsche stroomingen, die een nieuwe gebondenheid van en een nieuwen inhoud voor de 18e eeuwsche abstracte vrijheden vragen.

Tot dit algemeene conflict van den overwegend concreten geest der 19e met den overwegend abstracten geest van de tweede helft der 18e eeuw is ook de strijd der twee strafrechtsscholen, is alle verschil in stelsel en program dier twee richtingen terug te brengen. En ten deze behooren èn de hoofdzakelijk op de zorg voor den individueelen misdadiger gerichte strooming van Kraepelin en Vargha, èn de overwegend het belang der maatschappij in het oog vattende scholen (de anthropologische Italiaansche en de sociologische Fransche) tot eenzelfde groep. Want dezen vormen ieder één zijde van den „geest der eeuw", die immers ook in litteratuur, wijsbegeerte en leven uiteengaat in een individualistische en een sociale strooming. Alle drie, de humanitaire, de anthropologische en de sociologische school, vormen tezamen een tegenstelling tot de „klassieke richting," in zooverre hun „individuen" concrete menschen zijn, niet „de" abstracte „Mensch" der 18e eeuw; inzooverre hun „maatschappij" zeer reëel en inzooverre hun methode inductief is.

Maar zooals op het gebied van politiek, van oeconomische verhoudingen, van vrouwenvraagstuk, van religie, bij nader toezien onder ons nog véél oudere elementen voortduren dan die uit het Aufklärungszeitalter dateeren, zoo vinden we, nader onderzoekende, ook in de hedendaagsche maatschappij nog strafbegrippen, die naar veel vroeger tijden terugwijzen. Zulke nog oudere begrippen kunnen zich handhaven hetzij als uitdrukkelijke leuze eener (conservatieve) groep, hetzij als onbewust en onwillekeurig meeopgenomen bestanddeel in het moderne complex van gedachtengangen. — En zoo worden wij dan vanzelven teruggewezen tot vèrder dan de 18de eeuw; en, waar hetzelfde proces van meegaan van vorige stroomingen in nieuwe zich steeds herhaald heeft, zouden we eigenlijk verplicht zijn tot het begin van alle menschelijke samenleving terug te gaan. Waar nu ondanks deze „ondeelbaarheid der geschiedenis" [1]) het practisch noodig is ergens een „begin" te maken, meenen we in dit boekje, dat toch slechts beoogt een schets dier ontwikkeling te geven, te mogen volstaan met het nagaan der geschiedenis van het strafbegrip bij de West-Europeesche volkeren nà het voorhistorisch tijdperk. Wèl mocht het voorhistorische Germaansche strafrecht in verband met primitief strafrecht in het algemeen daarbij eigenlijk niet onbesproken blijven; maar de onderzoeking daarvan valt grootendeels op archaeologisch en ethnologisch gebied; en wel hebben anderzijds het Joodsche, het Grieksche en het Romeinsche strafrecht veel invloed geoefend op het Germaansche, en is er geen scherpe grens te trekken tusschen oudheid en middeleeuwen, maar waar de invloed der oudheid toch nog afzonderlijk ter sprake komt bij het tijdperk van de receptie

1) Dr. H. VAN GELDER, De ondeelbaarheid der geschiedenis, Inaug. Rede Utrecht 1906.

van het Romeinsche recht, scheen een afzonderlijke behandeling daarvan achterwege te kunnen blijven.

In het begin onzer jaartelling vinden we de Germanen als nog zeer primitieve stammen, die echter reeds het tijdperk van zuivere gentiel-organisatie [1]) — met name de matriarchale, voorzoover zij die gekend hebben [2]) — te boven zijn. Met het opgeven der nomadische levenswijze, met het vestigen op bepaald grondgebied, met het grooter worden der stammen, was eene, zij het ook nog weinig vèr gaande, differentieering en splitsing van functies noodig geworden en ontstaan. Daarmee had tevens de enkeling éénige persoonlijke vrijheid ten opzichte van den, in nòg vroeger tijden ijzeren, familieband gekregen. Want naast de stameenheid en familie-eenheid begon nu te staan de territoriale eenheid, wier belang gericht was op gehoorzaamheid van verschillende stam-elementen, op een indeeling der onderdanen volgens àndere criteria dan die der verwantschap, op àndere reactie tegen overtreding harer normen dan die het beleedigde familie-belang eischte; kortom, met het territoriale beginsel vinden we de eerste bewegingen in de richting van den georganiseerden Stáát en van een Staatsstrafrecht, zooals zich dat dan ook weldra in de Frankische monarchie zou verwezenlijken.

Voorzoover het oudste ons bekende Germaansche strafrecht reeds de kiemen daarvan vertoont; voorzoover intern strafrecht er niet meer geheel identiek is met familie- en stam-tucht, en extern strafrecht niet meer geheel met oorlog tegen een andere gens; voorzooverre in dat externe straf-

---

1) Zie LAMPRECHT, Deutsche Geschichte I, bl. 27—195 en POST, Geschlechtsgenossenschaft der Urzeit.

2) Zie LAMPRECHT, t. a. p.; BRUNNER, Deutsche Rechtsgeschichte. (uitg. v. 1887), I, p. 80.

recht de enkeling niet meer beschouwd wordt alléén als vertegenwoordiger van zijn gens, en „gestraft" onverschillig of hijzelve de schuldige is dan wel een zijner familieleden; voorzooverre de functies van opperhoofd, patriarch, priester en rechter niet meer geheel ongescheiden zijn, en in vele andere opzichten, kunnen we dat oud-germaansche strafrecht beschouwen als over het oer-strafrecht [1]) heen te zijn.

Toch is die differentiatie nog maar zeer in haar beginstadium. De krijgslieden der „Hundertschaft" — een voor militaire doeleinden ontstane indeeling — spreken recht, volgens militaire opvattingen; de strafprocesrechtelijke regels hangen nog zeer nauw samen met religieus ritueel; rechtsregels en regels van positieve moraal zijn nog nagenoeg dezelfde; en al zijn van-boven-af opgelegde voorschriften nog nauwelijks aanwezig, des te dwingender, onverbiddelijker en strakker zijn de moreele regels waaraan de enkeling onderworpen is. Het ligt in den aard der zaak, dat de eerste dwang van een nog weinig verfijnd volk zich op uiterlijke daden richtte; dit uiterlijke karakter — gevolg van het nog niet kunnen onderscheiden van daad en gezindheid — valt bij iedere primitieve ethiek en dientengevolge ieder primitief strafrecht op. Het geheele geestesleven van den Germaan der eerste eeuwen immers differentieert nog weinig: dichtkunst, muziek en dans vormen nog tezamen de rythmische voordracht; kunst, kunstnijverheid en vervaardiging van gebruiksvoorwerpen zijn nog ongescheiden; godsdienstige voorschriften zijn tegelijk ook ethische- en rechtsregels. Een bepaalde gezindheid kan zich voor het primitieve gemoed niet anders uiten dan door

---

1) Zie daarover met name: STEINMETZ, Ethnol. Studien zur ersten Entwicklung der Strafe; POST: Bausteine f. eine allg. Rechtswiss. auf vergleich.-Ethnol. Basis, I, Kap. IV sqq.; Id.: Grundlagen des Rechts, Kap. V—VI; Id.: Geschlechtsgenossenschaft der Urzeit, Kap. VII—VIII.

een bepaalde daad. En waar de Germaan het aanschouwen en het denken nog nauwelijks onderscheidt [1]), waar nog niets in abstracte begrippen geformuleerd wordt, verloopt het geheele phantasie- en geestesleven van den tijd in hoofdzaak symbolisch [2]). Betrekkelijk geringe differentiatie van recht, macht, moraal, religie eenerzijds; symbolisch karakter der rechtspleging anderzijds — dat zijn twee hoofdeigenschappen van het oud-Germaansche recht.

Er is nog een derde. De Germanen der eerste eeuwen differentieerden weinig: — zij waren ook zelven onderling weinig gedifferentieerd. De Romeinen merkten op, dat zij elkander allen geleken. De half-communistische akkerbouw en veeteelt bevorderden weinig de individualisatie. De enkeling beteekende nog weinig onder hen; ook hierom spreekt het vanzelf, dat in het strafrecht met individueele motieven nog maar heel sporadisch wordt rekening gehouden, en in elk geval niet anders dan volgens een vaste schablone: de tegenstelling van Neidingswerk en niet-Neidingswerk.

Zijn hoofdwaarde ontleent de enkeling nog niet aan zijn persoonlijkheid, maar aan zijn toebehooren tot de gens. De tijd van het algeheele opgaan van den enkeling in de gens is wel voorbij, — dat wil in het strafrecht zeggen, dat de oudste vormen der bloedwraak overwonnen zijn; — maar nog tot diep in de middeleeuwen blijft het enge verband van enkeling en familie wat betreft èn schuld èn wraak voelbaar: nog ver in de middeleeuwen worden vrouw en kinderen van een veroordeelde mee getroffen; nòg veel menigvuldiger zijn de gevallen waarin het familid nog als het ware als van staats-

1) LAMPRECHT, Moderne Geschichtswissenschaft, 2e dr. p. 24—25.
2) LAMPRECHT, Ibid.

wege toegelaten wreker [1]) optreedt of zelfs verplicht is op te treden. De laatste uitloopers van het gentiel-strafrecht worden eerst aan het einde der middeleeuwen overwonnen.

Het Germaansche strafrecht van de eerste eeuwen na Chr. is dus nog lang niet tot het begrip van persoonlijke schuld en persoonlijke boete (hetzij dan als vergelding, hetzij als doelmaatregel) gekomen. Maar wèl is het heen over de algeheele vereenzelviging van eenling en gens, die het wezen van de bloedwraak uitmaakt, volgens welke de gehééle gens schuldig is, en aan de andere zijde de gehééle gens — — „straft"? Van „straf" in onzen zin kan daar nog nauwelijks gesproken worden; in de bloedwraak zijn straf en oorlog nog nauwelijks onderscheiden; de straf in tegenwoordigen zin is er nog slechts in aanleg in aanwezig; — evenzeer als ze anderzijds óók nog slechts in aanleg aanwezig is in de interne familietucht, die den anderen wortel der tegenwoordige straf uitmaakt. De Germanen kennen reeds een van overheidswege ingrijpen in de wraak, waardoor alleen de schuldige mag worden getroffen; daarnaast kennen zij reeds een intern strafrecht, van het centraal gezag uitgaande, dat niet meer uitsluitend de huistucht van den patriarch is.

Slechts in enkele voorbeelden vinden we nog resten uit den tijd, toen het individu niets, de familie alles was: Wilda [2]) citeert een Noorsch gebruik, om, na een moord, in weerwraak niet den moordenaar zelve, maar den krachtigsten man uit diens geslacht te dooden, ook al was deze volkomen onschuldig. Maar handelen volgens dit gebruik werd als misdrijf beschouwd; waarschijnlijk ver-

1) GÜNTHER, Idee der Wiedervergeltung I, p. 210, en noot 25 aldaar, noemt het middeleeuwsch accusatoir proces een van staatswege geregelden vorm van bloedwraak.

2) Das Strafrecht der Germanen, p. 174 noot 1.

tegenwoordigt het dus een overwonnen standpunt. Want — en hier raken we een historische wet, waarvan we de voorbeelden telkens weer zullen ontmoeten — zooals de goden der oude godsdiensten steeds door een nieuwen godsdienst niet worden geëlimineerd, maar de duivelen en booze geesten daarvan worden, zoo wordt de geldende regel van een vroeger tijdvak door het nieuwe niet ineens overwonnen en uitgeschakeld, maar wordt misdrijf in de nieuwe orde van zaken. We zien dit in den oertijd wat betreft het dooden van familieleden van den dader; we zullen het later zien bij het langzame op den achtergrond raken der eigenrichting in de middeleeuwen.

— Deze hoofdtrekken van den ontwikkelingsgang van oertijd tot late middeleeuwen: differentiatie, „Verstaatlichung" en individualisatie, vormen den grondtoon van al de complicaties, die zich langzamerhand in strafrecht en strafrechtspleging voltrekken; maar terwijl deze ontwikkelingsprocessen vrij geleidelijk en geregeld voortgaan, staat daarnaast een strijd van twee stroomingen, die beurtelings de overhand krijgen: die welke zich beweegt in de richting van zoo groot mogelijke proportionaliteit van daad en straf-reactie èn die welke den te nemen reactiemaatregel in hoofdzaak inricht naar het ermee te bereiken doel. Maar in ieder tijdperk, waarin deze strijd zich afspeelt, draagt hij in verband met de telkens verschillende tijdsomstandigheden een andere tint.

Een van de belangrijkste momenten, die de ontwikkeling van het Germaansche strafrecht [1]) karakteriseeren,

---

1) *Zie* voor de détails van dat oud-Germaansche strafrecht: WALTER, Deutsche Rechtsgeschichte; WILDA, das Strafrecht der Germanen; SOHM, Fränkische Reichs- u. Gerichtsverfassung; FUSTEL DE COULANGES, la Monarchie

is de wijziging van dengeen die het strafrecht uitoefent. In het oudste strafrecht zal dit geweest zijn gedeeltelijk de gelaedeerde gens tegen de vreemde gens, gedeeltelijk de patriarch of het opperhoofd tegen den ongehoorzamen geslachtsgenoot, gedeeltelijk de gemeenschap in haar geheel tegen hem die den „vrede", de orde brak. In het overgangstijdperk, dat in de eerste eeuwen onzer jaartelling valt, en waarvan de meest uitvoerige bron Tacitus is [1]), vinden we naast elkaar een openbare strafmacht en een private wraak. De eerste is nog tot uiterst weinig gevallen beperkt: zij treedt voornamelijk op bij misdrijven die onmiddellijk tegen de gemeenschap gericht zijn — landverraad en dgl.; en haar half-sacraal karakter wijst naar den oertijd terug; haar straf: lijfs- of levensstraf (slechts in enkele gevallen geldboete), bij de Scandinaviërs veelal ook vredeloosheid, wordt dikwijls beschouwd als overblijfsel van de sacrale offering van den schuldige. Langzamerhand echter breidt deze openbare strafmacht zich uit — zoowel door de berechting van meerdere feiten direct aan zich te trekken, als door inmenging in en regeling van de private wraakoefening.

Want deze laatste nam nog eeuwen lang een zeer groote plaats in. Zoo diep wortelde zij, dat het meest kenmerkende en eigenaardige verschijnsel van alle private strafrecht: dat in het centrum der belangstelling niet staat de dader, maar de gelaedeerde, tot verre in den nieuwen tijd te vervolgen is, ja, nog naklinkt in het systeem van indeeling der speciale delicten in onze moderne wetboeken; in de hooge maxima, bedreigd tegen aanranders van den

---

Franque; GÜNTHER, Idee der Wiedervergeltung; RICH. SCHMIDT, Die Aufgaben der Strafrechtspflege; BINDING, Die Entstehung der öffentlichen Strafe im germanisch-deutschen Recht; BRUNNER, Deutsche Rechtsgeschichte.

1) Met name caput 12 der Germania.

staat of van diens ambtenaren, d. w. z. van die belanghebbenden, die ten tijde van het ontstaan der codificatie als de meest belangrijke golden.

Hoewel nu niet vergeten mag worden, dat, voorzooverre de gemeenschap, het rechtsbewustzijn van den tijd, onwillekeurig den maatstaf leverde volgens welken de getroffene reageerde, de private strafoefening ook zekere grenzen gekend heeft en tevens uitdrukking was van de zedelijke afkeuring der gemeenschap, — houdt toch de private reactie op onrecht uitteraard steeds betrekkelijk talrijke elementen van wraak of van eisch tot schadevergoeding in, waardoor zij aan een rustige strafrechtspleging in het belang der gemeenschap, en aan een aandachtige verdieping in de mate van schuld van den dader, niet toekomt. Dit uit zich ook in de „straffen", die zij toepast, en die beide nog niet vertegenwoordigen een werkelijke berechting van staatswege: vredeloosheid en compositie.

Natuurlijk is deze laatste oorspronkelijk geen straf: het woord reeds zegt anders; zij is juist het middel om de faida [1]) bij te leggen (componere). Ook zien wij in de Noorsche sagen nog het tijdvak, waarin het in sommige gevallen schandelijk van den gelaedeerde werd geoordeeld compositie aan te nemen in plaats van zijn wraak te volvoeren: namelijk wanneer het begane misdrijf „Neidingswerk" was geweest: blijk had gegeven van onedele gezindheid. Maar met het veranderen van het karakter der criminaliteit; — die in den oudsten tijd nauwelijks dien naam verdient, nog in hoofdzaak bestaat uit een strijd van twee gelijken (uitgezonderd in de bovengenoemde gevallen van misdrijf tegen den stam als zoodanig of tegen religieus-

1) Faida is familietwist; deze kan veroorzaakt zijn door misdrijf, maar ook anderszins.

zedelijke voorschriften); — met de meerdere abstracte differentieering, waardoor men niet meer den mensch als ondeelbaar geheel beschouwde, niet meer iedere daad door den geheelen mensch, door zijn leven, wilde doen boeten; met de bemoeiingen der Katholieke Kerk en der overheid, die vooral in den tijd der leges barbarorum [1]) toename der composities in de hand werkte, — begon de compositie langzamerhand regel te worden.

Het streven èn van de stam-vorsten uit den tijd der leges barbarorum, èn van de Frankenkeizers, èn van de Christelijke kerk, is dan voortdurend gericht op terugdringing der wraak, die immers ongeregeld was, de orde verstoorde, tegen de christelijke beginselen zondigde en de familiën een groote macht in de rechtspleging gaf. En waar de oeroude wraak zich niet ineens laat uitroeien, daar zien wij tal van, steeds toenemende, beperkingen. Natuurlijk zijn deze niet op te vatten als uitsluitend willekeurig van boven af gedecreteerde bepalingen; vorst en kerk waren hier eerder werktuig van een ontwikkeling, die zich elders door andere middelen voltrekt; het streven naar beperking en regeling der wraak vinden we overal; eigenaardig is alleen, dat de strafvorm (of strafmaat) die bij zoovele volkeren als ordenende factor op den voorgrond staat: de talio, bij de Germanen voorloopig slechts een geringe rol speelt.

Beperkt wordt langzamerhand de vrijheid van den gelaedeerde om waar en wanneer hij verkiest wraak te nemen. Immers: geregeld worden de gevallen waarin en de tijd gedurende welken wraak is geoorloofd; zoo wordt in de IJslandsche Graugans die tijd beperkt tot jaar en dag; nog later in de Duitsche rechten tot betrapping op

---

1) Zie OSENBRÜGGEN, Das Strafrecht der Langobarden, p. 8 vlgg.

heeterdaad of héél kort na het misdrijf; of wel de eigenrichting wordt alleen toegelaten tegen een dader die reeds door het openbaar gerucht als zoodanig wordt aangewezen.

Beperkt wordt — mèt het losraken van de primitieve gentiel-eenheid in later tijden, toen deze door locale- en, nòg later, door beroeps-banden begon te worden uiteengerukt — het recht om voor verre verwanten als wreker op te treden.

Beperkt wordt in het proces zelve de macht van den aanklagenden en wrekenden bloedverwant: in de eigenlijke middeleeuwen klaagt de gelaedeerde of diens familie nog wel aan èn executeert, maar de rechter berecht [1]). Eerst wanneer in de latere middeleeuwen ook de taak van opsporen, aanklagen en executeeren aan overheidsorganen is opgedragen, is het publiekrechtelijke proces bereikt.

Beperkt wordt de mate der te nemen wraak. Wie in wraak heeft gedood, moet bewijzen dit terecht te hebben gedaan en de grenzen niet te hebben overschreden; hij is verplicht, dadelijk na zijn wraak genomen te hebben, deze bekend te maken; dit kan geschieden door a posteriori dengeen dien hij in wraak gedood heeft aan te klagen; (Das Bereden des toten Mannes, die Klage gegen den toten Mann [2])); het oordeel, dat dan den gedoode wegens dien schuld „friedlos" en dus vogelvrij verklaarde, erkende daarmee achteraf — als het ware volgens den regel: ratihabitio mandato comparatur! — het recht van den wreker tot zijn daad. — Wie echter in wraak de maat van het geleden onrecht overschrijdt, moet het verschil vergoeden.

---

1) Dit tusschenstadium komt volgens GÜNTHER ook voor in het Grieksche recht ten tijde van Solon.

2) Sachsenspiegel I, 69.

Beperkt wordt ook langzamerhand het beschikkingsrecht van den gelaedeerde over den aard der te oefenen straf; de vrije keuze, die hij ten tijde der sagen nog had tusschen wraak en boete, vervalt. Onder Karel den Groote is de gelaedeerde verplicht de compositie aan te nemen. Want in den tijd van het machtige Frankische koningschap gaat het belang van staatsorde en -rust boven het belang van den „selbstherrlichen" oud-Germaansche wreker — dat evenwel het hoofd weer zal opsteken in het veeterecht der middeleeuwen, zoodra die centrale organisatie van het Frankenrijk tot het leenstelsel uiteengevallen zal zijn. — Formeel verandert de compositie van privaatrechtelijke afkoopsom in „straf", wanneer langzamerhand de veroordeeling tot belofte van betaling overgaat in een veroordeeling tot betaling. En in dienzelfden tijd, dat „der Volksfrieden sich in einen Königsfrieden verwandelte" [1]), dat het oud-Germaansche vredes-begrip plaats begon te maken voor een meer van-boven-af organiseerend en bevelend recht, begint ook de overheid haar deel te nemen van de compositie; naast het Fehdegeld treedt het Friedensgeld of fredum — in den beginne als vergoeding voor des rechters tusschenkomst bij het vaststellen der boete, weldra echter als aan den koning betaalde boete ter vergoeding van de schade die de gemeenschap als zoodanig door het misdrijf geleden had. Totdat deze ontwikkeling erop uitloopt, dat in nog lateren tijd de overheid, voorzoover ze dan nog geldboeten oplegt (maar dàn is dit reeds niet meer de algemeene straf voor alle misdrijven) de gehééle boete voor zich opeischt; ook op dit gebied is dan de publiek-rechtelijke strafrechtspleging bereikt, en de actie tot schadevergoedlng van den gelaedeerde, laatste

1) WILDA, Strafr. d. Germ. 253.

rudiment van de private strafoefening, vormt dan nog slechts een afzonderlijke, civielrechtelijke actie [1]).

En naast al deze beperkingen van de strafrechtelijke macht van familie en enkeling, naast de steeds toenemende inmenging der overheid in de strafoefening, staat nog het verschijnsel, dat de overheid het gebied van de uitsluitend door háár te berechten feiten uitbreidt; langzamerhand worden met publiekrechtelijke straf óók gestraft: brandstichting, kerkediefstal, roof, ernstige gevallen van moord, kortom alle bedreiging der algemeene veiligheid.

Waar we dus als algemeene staatsrechtelijke ontwikkeling der eerste eeuwen onzer jaartelling zagen: langzamerhand op den voorgrond komen van locale-, later staatsautoriteit in tegenstelling tot de vroegere gentiel-organisatie; daarmee, in de plaats van de oude gegroeide volksrechtsregels, meerder opzettelijke doelbewuste bevels-wetgeving, zij het ook nog in zeer grove vormen; — daar vinden we als spiegeling van deze ontwikkeling op het gebied van het strafrecht: uitbreiding van de publieke strafmacht in alle opzichten, terugdringing der gentiele bloedwraak en der individueele, vrijwel onbegrensde, impulsieve wraakneming, — verandering van het strafproces van een strijd tusschen gelijken tot een verantwoording van den ongehoorzame aan den bannus regius.

Ook deze laatste wijziging: die van de positie van den beklaagde in het proces, behoort geheel tot dien tijd — van het Frankenkoninkrijk af tot de late middeleeuwen toe — waarin eenerzijds de grootere gecompliceerdheid der maatschappij, het optreden van beroeps- en verdorvenheids-criminaliteit, een ànder ingrijpen dan de enkelvoudige privaatrechtelijke strafrechtspleging der vorige

---

1) Zie HAMAKER, Het recht in de maatschappij, p. 98 vlgg.

eeuwen eischte; maar waarin anderzijds het nog geheel gebonden, onvrije denken en voelen tot eenige verplaatsing in den misdadiger, tot eenige diepere schuldonderscheiding, tot eenig erkennen van de menschelijkheid óók van den misdadigen mensch, niet komen kon. Zoo wordt dan ten slotte de beklaagde een object van onderzoek voor de inquireerende overheid.

Bij deze geheele ontwikkeling der verhouding van straf en staat, die op het einde der middeleeuwen uitloopt op de geheel publiekrechtelijke straf, is op den voorgrond gekomen een element, dat in de oude private wraakneming en in de oud-Germaansche publieke straf tegen landverraad óók wel reeds in aanleg moet zijn aanwezig geweest, maar daarin toch lang nog niet hoofdelement was: het afschrikkend-beveiligende. Want waar de strafrechtspleging in handen der overheid komt, wordt ze vanzelve „koelbloediger", met meer overleg, dus ook met meer doelmatigheid toegepast [1]); vanzelve beoogt zij een meer beveiligend karakter te krijgen.

Dit méér een doel in het oog vattende, beveiligende strafrecht draagt uitteraard den geest van zijn tijd: het is ruw, wreed en symbolisch. De Middeleeuwer denkt nog niet redeneerend-wetenschappelijk, maar overwegend phantastisch-symbolisch; zoo is het in het strafproces niet om materiëele waarheid in den tegenwoordigen zin te doen; als bewijsmiddelen gelden Godsoordeelen en eeden niet van ooggetuigen, maar van „eedhelpers," verwanten en vrienden die voor de onschuld van den beklaagde instaan [2]).

---

1) cf. ANDRÉ DE LA PORTE, Wraak en Straf, passim.

2) Deze Oud-Germaansche bewijsmiddelen werden namelijk, onder gewijzigde motiveering, in het laat-M.E.sche recht overgenomen. Schwabenspiegel K. 340: Dâ von ist der Kamph gesetzet, daz ez niemen weisz wan Got eine: unde dâ von suln wir got getriwen, daz er ez ze rehte scheide". Zie ook v. EICKEN, Gesch. u. System der mittelalterlichen Weltauffassung, p. 559—561.

Het is dezelfde tijd waarin men ook ziekten met toover-spreuken tracht te genezen. Dit is een stadium, dat we nog bij vele natuurvolkeren kennen, en dat, zij het ook niet in zoo duidelijken vorm, ook in de individueel-menschelijke ontwikkeling in den kinderleeftijd wordt doorgemaakt. Het is een houding van den mensch tegenover de omringende wereld, die diep verschilt van de tegenwoordige, klaar-intellectualistische; des te eigenaardiger en des te sprekender voor den langen, langen voortduur van het historisch gewordene is, dat laatste overblijfsels van die primitieve vormen-symboliek (oorspronkelijk vol beteekenis, omdat iedere vorm toen zijn geloofs- of bijgeloofs-inhoud had) nog tot in onze tijden voortleven, nu tot leeg schema en geraamte geworden.

Nog in vele andere opzichten blijft ten tijde van het „staats"-strafrecht der latere middeleeuwen de nawerking van het primitieve recht duidelijk. Niet alleen werd nog ver in de middeleeuwen in vele stadsrechten en rechtsboeken eigenrichting in bizondere gevallen toegelaten, maar ook in het accusatoir proces blijft de rol der familie een bizondere: de naaste mannelijke bloedverwant (Schwertmage) van den verslagene is verplicht tot aanklacht en vervolging. Dit werd ook door de kerk nog niet anders dan zeer voorzichtig bestreden. Wel is het Kanoniek Recht een groote factor geweest niet alleen bij de verandering van innerlijk karakter der straf (waarover later) maar ook bij het publiek-worden van het strafrecht: immers wanneer niet alleen eens anders belang of recht, maar bovenal God's wet door den misdadiger is geschonden, is hij voor die schennis niet alléén, zelfs niet hoofdzakelijk, aan den individueelen gelaedeerde verantwoording schuldig. Hoezeer de kerk echter de onder het volk levende gewoonten heeft geëerbiedigd, blijkt wel

hieruit, dat in de „Buss- und Poenitentialbücher" een dooding uit wraak met minder boete wordt gestraft dan een overigens in affect gepleegde en dus psychologisch evenzeer te verontschuldigen doodslag. Eerst zeer langzaam worden de kerkelijke voorschriften tegen de weerwraak strenger, totdat zij tenslotte ook het dooden van den fur nocturnus en den echtbreker verbieden. Het inquisitoriaal proces echter is de laatste schakel geweest, om het privaatrechtelijk element uit het strafproces te elimineeren, om de laatste resten van de taak der familieleden bij de strafvervolging uit te roeien, en om zoo tot volslagen publiekrechtelijk strafrecht te komen.

Globaal kunnen we dus zeggen, dat de strijd tusschen eigenrichting en staatsstraf ongeveer vijftienhonderd jaren geduurd heeft.

Parallel met deze ontwikkeling der verhouding van misdrijf en staat gaat een andere: die met betrekking tot de innerlijke grondslagen der straf.

Herhaaldelijk is de vraag gesteld, of het oorspronkelijke Germaansche strafrecht objectief dan wel subjectief is?

Over het algemeen is het eerste aan te nemen; immers ten eerste is dit in het algeméén de meer primitieve vorm; en ten tweede kenmerkt juist het Germaansche recht zich in zijn geheel door een veel sterker den nadruk leggen op de uitwendige rust en orde, de uitwendige gevolgen enz., dan op den individueelen wil.

— Niet echter mag men het Germaansche strafrecht voor zoo uitsluitend-objectief houden als vroeger wel geschiedde. Het feit, dat bij het misdrijf van dooding niet tusschen opzet en schuld, ja zelfs niet tusschen schuld en casus werd onderscheiden, is aanleiding geweest voor de

meening, dat het Germaansche recht in het algemeen de strafbaarheid eener handeling alléén naar haar gevolg beoordeelde. Terecht wees tegenover deze opvatting Wilda op de vele voorbeelden, waarin wel degelijk òf tusschen „neidingswerk" (laaghartige daad) en een andere schadebrengende daad, òf tusschen opzet en schuld werd onderscheiden: zoo b.v. het boven reeds genoemde feit, dat het in den tijd der sagen afkeurenswaardig werd geoordeeld om compositie aan te nemen tot vergoeding van „neidingswerk"; zoo het feit der confiscatie van roerend èn onroerend goed bij neidingswerk, van roerend goed alléén bij andere daden; zoo het vereischte van opzet en heimelijkheid voor strafbaarheid van diefstal; zoo het verbod van faida bij culposen doodslag in het edictum Rothari [1]); en zelfs vinden we in de bepaling der Lex Visigothorum, dat bij lichamelijk letsel, hetwelk „ex priore disposito" was toegebracht, het jus talionis zou worden toegepast, daarentegen niet bij letsel „subito exhorta lite" [2]), een onderscheiding van voorbedachten raad en opzet zonder meer.

Met dat al zal echter moeten worden aangenomen, dat, ondanks éénige bepalingen en gewoonten die een áánleg tot onderscheiding in dezen toonen, toch het karakter van het oud-germaansche strafrecht overwegend objectief is. Immers tegenover de bovenaangehaalde voorbeelden staan vele andere in tegengestelden geest; behalve het reeds genoemde feit van niet-onderscheiding tusschen doleuse, culpose en casueele dooding, behalve het feit dat poging niet gestraft werd en geen onderzoek naar den geestestoestand van den dader werd gedaan [3]), hebben wij b. v.

---

1) Osenbrüggen, Das Strafrecht der Langobarden, p. 8.
2) Günther, Idee der Wiedervergeltung, I. p. 187.
3) Garraud, Traité théor. et prat. du droit pénal français, 2e ed. Tome I, p. 105—106.

nog het zeer sterk sprekende geval, dat eerst bij het einde der regeering van Karel den Groote voor een door casus veroorzaakte schade — niet eens straffeloosheid, maar — strafvermindering werd voorgeschreven [1]). Juist dit laatste toont nog een zeer groote vaagheid van onderscheiding naar gelang van de gezindheid des daders en gaat er geheel van uit, dat het toebrengen van schade op zichzelve, als aantastende de gemeene rust, strafwaardig is.

Wilda meent, dat de misdadige wil reeds grondslag is van de strafbaarheid, en dat de gebrekkige onderscheiding der schuldvormen en het schijnbaar hóófdaandacht-schenken aan de toegebrachte schade eraan toe te schrijven is, dat een ruw volk nog weinig de verschijnselen van hun oorzaken kan onderscheiden [2]). Maar juist waar die onderscheiding nog zóó weinig ontwikkeld is — waar o. a. de differentiatie tusschen schuld en schade nog zóó gering is dat de „straf" in schadevergoeding bestaat — waar hoogstens terloops hier en daar ook aan den dader aandacht wordt gegeven, daar mag men toch nog niet van een op den „misdadigen wil" gebaseerd strafrecht spreken; daar mag men hoogstens verklaren, dat onder andere ook de gedachte van een schuld, die zich in een daad openbaarde en waarom die daad vergolden moest worden, aan het Germaansche strafrecht niet geheel vreemd is geweest.

Om dezelfde reden mag men ook niet een van de strafrechtstheorieën, die het primitieve recht allen in aanleg inhield, naar voren halen en erover twisten, of het oud-Germaansche strafrecht vergeldings- dan wel doel-strafrecht geweest is, of, indien het laatste, het vooral generale of

1) Capitulare missorum (819), c. 15, geciteerd bij SALEILLES, Indiv. de la Peine, p. 33.
2) WILDA, Straf. d. Germ. p. 155—156.

speciale preventie beoogde enz. Het oud-Germaansche strafrecht is primitief, levend recht, niet op een eenzijdige bewuste theorie opgebouwd. De volksrechten en capitularia noemen hier en daar een straf-doel of straf-wezen; zij spreken elkaar tègen; en blijken in kiem alle latere strafrechtstheorieën in te houden. Zoo openbaart zich de àlles omvattende „rede der Werkelijkheid" méér in wat men zou kunnen noemen het vóór-theoretische of vóór-philosophische strafrecht, dan in de latere straftheorieën, die uiteraard ieder slechts één kant op den voorgrond stelden van al wat aan de straf zelve steeds inhaerent is geweest; evenwel om ieder die éène zijde dan ook oneindig te verfijnen en te verdiepen, zoodat ten slotte het latere strafrecht weer, op oneindig hooger peil dan het primitieve strafrecht dit deed, àlle momenten die daaraan eigen waren omvat.

— Dat het Germaansche reeht uit zichzelve véél minder neigde tot individueele schuldleer en scholastische schuldonderscheidingen dan het Romeinsche gedaan had, blijkt wel mede hieruit, dat gedurende ongeveer duizend jaren van zijn ontwikkeling er geen groote verandering in de richting van meerder schuld-onderscheiding komt.

Het strafrecht van het Frankische Rijk onderscheidt op velerlei gebied: het heeft een georganiseerde rechtspraak; het heeft een straffen- (boeten-)stelsel dat zéér nauwkeurig is uitgemeten èn naar het gevolg van de daad, èn naar den stand en de nationaliteit van den dader (waarover later); het kan dus niet uitsluitend aan primitiviteit gelegen hebben dat het juist op het gebied van de schuldvormen nog niet heel veel meer differentieert dan het oud-Germaansche recht gedaan had. We zullen moeten aannemen hier wel degelijk met een Germaanschen karaktertrek te doen te hebben. Het in onzen tijd, nà de 18de

eeuw, weer verminderen der belangstelling voor scholastisch-juridische onderscheidingen zou dan misschien als overwinning van den Germaanschen geest op den, dan voorzoover noodig geassimileerden, Romeinschen invloed te beschouwen zijn. Wèl doet de tegenwoordige anti-juridische beweging in het strafrecht zich niet alleen in Germaansche landen voor, maar toch heeft in de landen waar het Romeinsche recht geringen invloed heeft geoefend (Engeland en N.-Amerika), het strafrecht steeds een minder abstract-scholastisch karakter behouden, en oefent juist het strafrecht van die landen thans weer invloed.

— Hoe het Germaansche schuldbegrip zich echter zelve verder zou ontwikkeld hebben, — of het ook uitzichzelve een antithetische phase van scholastiek zou hebben doorloopen —, is niet na te gaan, omdat de erfenis der antieke wereld niet was verloren gegaan. Èn door de Receptie, èn door middel van het Kanoniek Recht zijn Romeinsche onderscheidingen in den loop der middeleeuwen in het Germaansche recht opgenomen.

Diepingrijpend is die invloed van het Romeinsche denken geweest — niet alleen op het gebied van het strafrecht. En ook op dit engere terrein was zijn invloed, zooals overal: dat splitsing, onderscheiding, differentieerende logica treedt in de plaats van vager maar dieper Germaansche symboliek. De oud-Germaansche rechten kennen nog geen behoorlijke systematiek, geen zuivere en nauwkeurige indeelingen. Langen tijd waren in het Germaansche denken immers zelfs recht en zede nauwelijks onderscheiden. Nu, tengevolge van Romeinsch-rechtelijken invloed (— misschien zoo gretig opgenomen omdat in later tijden die behoefte aan systematiek toch was ontstaan, in elk geval die aan een geschreven, zeker, duidelijk recht —) maakt zich de juridische wetenschap los van religie, philosophie en volks-

rechtsbewustzijn[1]); — wordt scholastiek, wordt „juristerij". De invloed van dit Romeinsche Recht, dat den nadruk legde op de intentie van den dader[2]), op den misdadigen wil, bracht op het gebied der schuldleer zijn onderscheiding der schuldvormen, die intusschen door Glossatoren en Commentatoren nog waren uitgesponnen tot haarkloverijen. Want mutatis mutandis geldt ook voor het scholastische recht, wat Dilthey[3]) over de scholastische metaphysica zegt: „In diese metaphysische Begriffssymbolik hat aller Tiefsinn religiösen Erlebens sich ergossen. Zugleich ward sie doch zum Tummelplatz haarspaltender Begriffsscholastik. Diese hat dem Nicht-Wirklichen nach ihrer Natur immer wieder Neues Nichtwirkliches untergebaut". Ook dit onderscheiden van abstracta, dit nog-weer-voortbouwen op abstracte onderscheidingen van abstracta, hoe heeft het het geheele strafbegrip beïnvloed! Hoe zuiver scholastisch zijn nog b. v. de tegenwoordige onderscheidingen van concursus realis en concursus idealis, van de verschillende vormen van daderschap en deelneming, enz. enz.!

Veel dieper grondslagen van de straf raakte de invloed van het Kanonieke Recht. Voor het eerst werd hier zeer duidelijk de beschouwing van het misdrijf als zonde gebracht. Zoo hing de invloed van het Kanoniek Recht eenerzijds samen met het beste, wat het middeleeuwsch geestesleven gekend heeft: zijn innig religieus gevoel —

1) SALEILLES, l'Individualisation de la Peine, p. 29.

2) cf. GARRAUD, Traité, I, p. 101: „Deux traits principaux distinguent l'esprit du droit pénal Germanique de l'esprit du droit romain: 1°. l'absence presque complète du point de vue politique et social dans l'organisation de la pénalité et la prédominance du point de vue individuel et privé; 2°. l'importance attachée, pour mesurer la gravité du délit, aux conséquences préjudiciables q'il peut avoir, non à l'intention de celui qui l'a commis". (Spatiëering van mij).

3) Auffassung und Analyse des Menschen im 15. und 16. Jahrhundert; in: Archiv für Geschichte der Philosophie, Bd. IV (1891) p. 608.

terwijl het anderzijds, in zijn uitsluitend op den voorgrond stellen van het transcendente strafdoel: de herstelling van den door de crimineele handeling gelaedeerden godsstaat [1]), tot de droevigste onverdraagzaamheid en wreedheid en enghartigheid geleid heeft.

De beschouwing van het misdrijf als zonde is de eerste stap in de richting van een individualisatie — zij het ook voorloopig nog niet van de straftoepassing, maar alleen van de schuldopvatting, — van een geheel àndere, innerlijker richting dan de zuiver Romeinsche invloed aangaf, die immers alleen meerder scherpte van intellectueel onderscheiden bracht.

Met het Kanoniek Recht is gehéél geëindigd het tijdvak, waarin een daad die een ander opzettelijk schade toebrengt nog geen rechts-schennis, alleen private aantasting van belang is; waarin misdadiger en wreker als gelijken tegenover elkander staan.

Onder de „Oberhoheit" van den Frankischen staat reeds was de misdadiger als ongehoorzame aan den bannus regius berecht; het staatsgezag was de eerste factor geweest bij de verandering van het karakter van het misdrijf en van de verhouding van den misdadiger tot de samenleving. — Maar de tweede factor was het Kerkelijk Recht, dat hem, die God's geboden overtrad, niet alleen strafwaardig verklaarde, maar òòk schuldig tegenover zijn eigen ziel. De misdadiger is nu niet meer de ongehoorzame aan zijn vorst: hij is nu de aanrander van den door God gestelden vrede [2]). In dàt licht wordt ieder misdrijf beschouwd. Zoo is aanslag op het leven van den vorst strafbaar als sacrilegium, omdat het

1) Zie v. EICKEN, Geschichte und System der mittelalterlichen Weltauffassung; Stuttgart 1887; spec. p. 559 vlgg.

2) Zie Schwabenspiegel, Vorwort.

is aanslag op een gezalfde des Heeren. Uitsluitend transcendente strafgronden worden ook genoemd bij misdrijven tegen leven en eigendom, bij echtbreuk, bigamie; zelfs de strafbaarheid van vervalsching van maat en gewicht wordt gegrond op de spreuken van Salomo [1]). De uitvoering der straf treft, met beroep op den tekst: „tot in het derde en vierde geslacht" dikwijls ook de familieleden, met name de kinderen van den veroordeelde. De aardsche gerechtigheid mag geen clementie kennen; immers op den achtergrond van de geheele kanonieke strafrechtspleging staat de vrees voor het laatste oordeel: dààr zouden alle op aarde niet gestrafte misdaden ontdekt en met eeuwige verdoemenis gestraft worden. Iedere aardsche straf was dus slechts redmiddel voor die laatste, vreeselijkste vergelding.

Door de beide begrippen: zonde en onrecht, zóó ineen te denken, kwam het kerkelijk strafrecht ertoe — in felle reactie tegen het voorafgaande recht, dat de poging ongestraft liet! — tot zelfs iedere zondige gedachte met straf te willen treffen [2]), wat in den tijd der kettervervolgingen tot de Inquisitie leidde. De innerlijke gezindheid is het éénige moment waaraan aandacht geschonken wordt.

Tot deze overdrijving moest het komen; het is de noodzakelijke overdrijving van iedere nieuwe gedachte, die alles in het nieuw-gevonden licht wil zien. — Niet dat alle gevoel van schuld aan den oorspronkelijken Germaan vreemd was; maar zooals àl wat in het oorspron-

---

1) v. Eicken t.a.p. p. 566 vlgg.

2) Een voorbeeld: wie een bewering met eede bekrachtigt, die hijzelf voor valsch houdt, die echter op waarheid berust, is strafbaar wegens meineed. Decr. pars II, caus. XXII, qu. 2, c. 3. Soortgelijke stroomingen komen in onzen tijd, óók op grond van zeer ver gaand op den voorgrond stellen der gezindheid van den dader, weer opnieuw voor.

kelijk rechtsgevoel sluimerde, zich langzamerhand differentiëerde en bewust werd in verscheidenheid van theorieën, zoo vertegenwoordigt het kerkelijk recht der middeleeuwen den tijd, waarin het zonde-karakter van het misdrijf duidelijk tot het algemeene bewustzijn komt.

— En zooals de Kerk dat individueel karakter geeft aan de schuld, zoo geeft ze het óók aan de straf; in de opvatting hiervan als expiatie [1]) vinden we reeds een verzoening tusschen wet en overtreder door middel van boetedoening van den laatste, die een — middeleeuwsch, d. w. z. symbolisch getinte — voorbode is van Fichte's Abbüssungsvertrag: in het ondergaan der straf zelve ligt de brug tusschen den zondaar en God, of tusschen den misdadiger en de maatschappij die hem uit kon stooten; zoo is een onverbrekelijk verband gelegd tusschen misdrijf en straf.

Eigenaardig voor de middeleeuwen is, dat niettemin deze geheele verinnerlijking zich voordoet op algeméène, objectieve wijze. De middeleeuwer is zich van individueele onderscheidingen nog weinig bewust, denkt den mensch nog meer algeméén; zoo dekt zich voor zijn gevoel vanzelf „de subjectieve criminaliteit van den dader met de objectieve criminaliteit van het feit" [2]).

Nog in een ander opzicht vormt het kanoniek recht den overgang naar het strafrecht van den nieuwen tijd. Voor het oude recht heeft de mensch alleen waarde om zijn familie, later om zijn stand; de straf werd uitgemeten naar de „waarde" van den gelaedeerde (zie verderop); een onvrije had in het geheel geen persoonlijke waarde, voor hem werd slechts een „quasi-wergeld" als vergoeding

---

1) SALEILLES, Individualisation p. 37; vergelijk v. EICKEN p. 574.
2) SALEILLES, Indiv. p. 42.

aan zijn meester betaald. [1]) Voor het kanonieke recht echter was vanzelve iedere menschenziel gelijkwaardig; en waar de straf expiatie was, daar richtte zij zich niet naar den gelaedeerde, maar naar den dader; en trof, althans in theorie, den dader onafhankelijk van zijn stand, en alleen naar zijn gezindheid.

Tegelijk verdwijnt ook door de economisch-sociale ontwikkeling de ommuurde scheiding der standen van elkander; de „vrijheid" van den bevoorrechten enkeling, van den burchtheer, moet zich buigen voor kerk en staat en stadsrechten; en daarmee eerst is de mogelijkheid van vrije persoonlijkheidsontwikkeling van een ieder gegeven Dan, met het toenemend wereldverkeer, met het rijker en frisscher levensgevoel van de Renaissance, verdwijnt het vormelijke der middeleeuwen, neemt de verscheidenheid der menschen onderling toe, en met de Reformatie wordt een betrekkelijke gedachtenvrijheid eigendom van een grooten kring, wordt de religieuse verhouding van den mensch nog persoonlijker. De algemeene innerlijke vrijwording dier eeuwen openbaart zich in het verkeer, in het gezelschapsleven, in de kunst; — maar héél lang heeft het geduurd eer ook het strafrecht in deze beweging meegetrokken werd. Na de individualisatie die het door het Kanonieke Recht ondervond, beleeft het een langen tijd van inzinking, waarin het niet anders is dan de keerzijde, de donkere wereld daarbeneden, van den triomphantelijk-autocratischen rijkdom van Renaissance en zeventiende eeuw.

Naast de problemen van de verhouding van staat en misdrijf, en van misdadiger en straf, staat nòg een pro-

1) OSENBRÜGGEN, Strafr. d. Langobarden, p. 19.

bleem, dat juist in onzen tijd sterke schaduwen werpt: dat van de strafmaat, de verhouding van misdrijf en straf.

In het Germaansche strafrecht vóór de Constitutio Criminalis Carolina komen — gedeeltelijk gelijktijdig, gedeeltelijk achtereenvolgens, — vier groepen van straffen voor, die in zeer verschillende mate beantwoorden aan den vooral sedert de 18de eeuw uitdrukkelijk gestelden eisch van proportionaliteit van misdrijf en straf.

Allereerst is er de oer-oude straf der vredeloosheid, wier hoofdwerking vóór de historische tijden ligt en vooral uit de Scandinavische sagen te benaderen valt. Maar juist als beginpunt eener ontwikkeling is de vredeloosheid ook voor het latere strafrecht nog uiterst belangrijk.

De ongebroken, onverstoorde rust der maatschappelijke orde werd door de Germanen „vrede" genoemd; wie dien vrede „brak", trad vanzelve buiten de maatschappij en buiten de rechtsorde, werd vredelooze, „wolf", „wargus", „Waldgänger".

De straf der vredeloosheid toont aan, dat de maatschapppij zich als een gehéél voelde, dat als gehéél met uitstooting reageerde op verstoring der maatschapppelijke orde; ànders dan de bloedwraak, is deze straf niet gericht van gelijke tot gelijke, maar van gemeenschap tot onderdaan. Het karakter dezer straf echter is bij uitstek belligerent: de maatschappij stoot uit, zij berecht den overtreder harer orde nog niet in haar eigen midden.

En nog in een ander opzicht is de vredeloosheid de primitieve straf bij uitnemendheid: zij is de meest ongelimiteerde, matelooze straf die denkbaar is. Hoewel de dader toch steeds slechts in één opzicht overtreder was, wordt hij geheel-en-al uitgestooten. Want de gevolgen van de uitbanning uit de bescherming van den stam — of, volgens

latere formuleering, de terugtrekking van de bescherming des konings — waren deze: de uitgestooten vijand der rechtsgemeenschap kon straffeloos door een ieder worden gedood — meest geschiedt dit dan uitteraard door den gelaedeerde of diens familie, den „wreker" —; zijn geheele vermogen werd geconfisceerd — in een lateren, iets zachteren vorm alleen zijn roerend goed; hij wordt getroffen met den burgerlijken dood (de vredelooze kan geen wettige kinderen meer verwekken; ook zijn vroeger wettig huwelijk wordt als niet meer bestaande beschouwd); de sporen van zijn gedachtenis worden door verbranding van zijn woning uitgewischt.

Zij is de straf van volledige meedoogenloosheid. En zij is zoozeer een alles-omvattende straf, dat Brunner [1]) alle latere straffen slechts „Abspaltungen der Friedlosigkeit" noemt. Maar dit uiteenvallen der vredeloosheid in hare bestanddeelen: doodstraf, verbanning, confiscatie, burgerlijke dood, is slechts één van de processen die zich in de vroege middeleeuwen ten opzichte dier oude straf voltrekken. Want juist door die beperking in de mate der strafreactie verandert èn de positie der maatschappij èn die van den misdadiger; de eerste begint nu binnen haar eigen midden de berechting en behandeling van den misdadiger tot een einde te brengen; en de tweede kan zich nu, door het ondergaan zijner straf, weer „uit het woud in het land terugkoopen," zooals de oude spreuk luidt.

In ruimeren zin genomen is echter de straf van vredeloosheid daarmee niet verdwenen. Ten eerste omdat de ban der latere middeleeuwen nog vele analoga met haar vertoont. Ten tweede omdat het element van uitstooting, van Friedloslegung, bestanddeel is gebleven van iedere

1) In: Savigny-Zeitschr. German. Abt. XI (1890), p. 62 vlgg.

straf en van iedere afkeuring van eene groep tegen een harer leden. En juist inzooverre overschrijdt deze steeds maat en grens.

Maar in haar officiëelen vorm werd de straf van vredeloosheid teruggedrongen in de eerste eeuwen onzer jaartelling. En, in reactie tegen de vroegere mateloosheid, staat daarbij voorloopig op den voorgrond de meest beperkte, proportioneele, wraakzuchtlooze maatregel dien men zich denken kan: de compositie.

De misdadiger mocht zich in de maatschappij terugkoopen in den letterlijken zin van het woord: hij mocht den tot wraak gerechtigde verzoenen door een boete, waarmee hij diens materiëele schade vergoedde en tevens, door de erkenning van schuld, dien wreker een zekere genoegdoening gaf, hem zachter stemde. Wij zagen boven hoe verscheiden factoren dit componeeren der faida in de hand werkten, en welke beteekenis de compositie had voor de „Verstaatlichung" der straf. Thans hebben we nog een andere reden van het overhand nemen der compositie, en een andere rol die zij in de ontwikkeling van het strafbegrip speelde, na te gaan.

De meest innerlijke reden die de compositie, eenmaal tot straf geworden, bevorderde, zal wel geweest zijn: de behoefte aan symmetrie tusschen daad en straf.

Aan deze behoefte — intrinsiek samenhangende met het rechtvaardigheidsgevoel en alleen op verschillende wijze tot uiting komend naar gelang van het beschavingsstadium waarin een volk zich bevindt — werd voor het primitieve gemoed voortreffelijk tegemoet gekomen door de in het boete-stelsel gegeven mogelijkheid, om de verhouding tusschen de zwaarte van verschillende daden nauwkeurig in de verhouding tusschen de tot straf verschuldigde geldsommen uit te drukken.

En nu wordt — het is boven reeds aangeduid — op kenmerkend primitief-rechtelijke wijze de boete in het algemeen niet berekend naar den dader, maar naar den gelaedeerde [1]). We hebben hier een gebrek aan sociaal dóórdenken, aan doelbewustheid, een primitief-egocentrisch voelen, dat zich ook in de liefdadigheid der middeleeuwen uit, waarbij de gever hoofdpersoon was en de begiftigde arme niet veel meer dan middel om diens „goede werken" mogelijk te maken. — Primitief recht reageert, straft vooral om de geleden schade; de straf of hare opbrengst komt toe aan den benadeelde, en zelfs wanneer langzamerhand de overheid meerder medezeggenschap in het proces en meerder aandeel in de opbrengst der straf tot zich trekt, blijft de geleden schade nog langen tijd maatstaf der straf.

En wel wordt de mate der boete naar oud-Germaansch recht berekend:

a) naar de nationaliteit van den gelaedeerde;

b) naar den stand van den gelaedeerde;

c) naar het letsel door den gelaedeerde geleden.

Door een becijfering met deze drie factoren verkreeg men de in concreto op te leggen boetesom.

En bij den laatstgenoemden factor, het geleden letsel, werd zóó nauwkeurig onderscheiden, dat de taak die het compositie-stelsel voor de verder-ontwikkeling van het strafrecht te vervullen had: afmeting van de zwaarte der daden aan elkander, inderdaad ruimschoots vervuld is. — Niet alleen immers was de prijs van ieder afgehouwen lichaamsdeel — natuurlijk in verband met de sub a en b genoemde factoren — gefixeerd, maar boven-

---

1) Een enkele uitzondering misschien bij WALTER, t. a. p., p. 755 en noot 4, en p. 756 en noot 5.

dien was bepaald, dat men voor verminking van een lichaamsdeel half zooveel verschuldigd was als voor het afhouwen ervan, en zoo voorts. Indien er óóit gestreefd is naar een mathematische proportionaliteit tusschen misdrijf en straf, dan was het in den tijd van het compositiestelsel. Hierdoor eerst is een systematiseering van strafbare feiten en van strafzwaarte mogelijk geworden; maar met recht verdient het de namen van „System der festen Preise" (Jhering), „eine blosse Assekurationssumme von Leib und Leben" (Walter), en „een stelsel, waarbij de straf eenvoudig „le risque" van het misdrijf is" (Saleilles). — Totdat, met de verandering der maatschappelijke toestanden in de latere middeleeuwen, met de meer dreigende criminaliteit van dien tijd, met de roovers- en vagebondenbenden tegenover wie een geldboetesysteem nutteloos was daar zij niets bezaten, — de toepassing der lijfstraffen toeneemt en dientengevolge de boete alleen nog èn als privaatrechtelijke schadevergoeding, èn als publiekrechtelijke straf voor lichtere delicten gehandhaafd blijft; — „en zoo is het gebleven tot op den huidigen dag".

Deze latere geldboetestraf heeft publiekrechtelijk karakter gekregen: zij wordt niet meer, tenminste niet meer uitsluitend, berekend naar de schade van den gelaedeerde; zij wordt ook niet meer aan den gelaedeerde, maar aan den staat uitbetaald. Ook staat bij haar het streven naar nauwkeurige proportionaliteit niet op den voorgrond: voor alle mathematische gerechtigheid waren late middeleeuwen en 16de—17de eeuw te utilistisch en te realistisch. De proportionaliteitsleer duikt eerst weer met kracht op in de 18de eeuw, zij het dan ook in geheel andere vormen dan ten tijde van het compositiestelsel.

Voorloopig voltrekt zich in de latere middeleeuwen een beweging ten gunste der lijfstraffen.

Lijfs- en levensstraffen waren er reeds in den vroeg-Germaanschen tijd, hoewel verenkeld. Dezen waren òf overblijfsel van de dooding bij vredeloosheid — dan hebben ze belligerent karakter en bekommeren zich weinig om strafmaat. — Of zij zijn de iets later (tijdens de Frankische monarchie en het leenstelsel) opgekomen lijfstraffen van den landheer tegenover zijn hoorigen, of althans daarvan afgeleid [1]; deze straffen hebben een halfpaedagogisch karakter: willen tot gehoorzaamheid dwingen, — en houden zich daarom ook niet aan eenige nauwkeurige proportie tusschen overtreding en straf. Deze afzonderlijke lijfeigenen-straf vervalt geheel in de latere middeleeuwen, waarin tengevolge van steden-ontwikkeling, versterking van centraal gezag en geestelijke (zoowel kerkelijke als intellectueele) invloeden de „Oberhoheit" van den patriarch op zijn burcht, die vroeger een afzonderlijke staat in den Staat was, heeft afgedaan, en waarin de, tengevolge der economische verschuivingen nu voorkomende, niet-solvente vrijen met onvrijen worden gelijkgesteld en dus, inplaats van met boete, met lijfstraf worden gestraft. — Of ten slotte zijn de levensstraffen der vroege middeleeuwen zelfstandige straffen door de gemeenschap tegen den landverrader opgelegd; in dergelijke gevallen vinden we reeds in de eerste eeuwen een berechting door de volksgenooten, dus een begin van publiekrechtelijk strafrecht.

Na het afkoopbaar worden der private wraak echter, en nadat ook de staat in hoofdzaak geldboete oplegde, blijven de lijfs- en levensstraffen verscheiden eeuwen op den achtergrond.

Maar na dien tijd gaat de ontwikkeling weer in tegenge-

---

1) Zie over dit tuchtrecht uitvoerig: WALTER, Deutsche Rechtsgeschichte, § 724.

stelde richting; en ten slotte vinden we alle straffen geabsorbeerd door de lijfstraffen der latere middeleeuwen.

Als oorzaken van het meerder op den voorgrond komen der lijfstraffen kunnen worden aangevoerd: de ongenoegzaamheid van het geldboetestelsel bij de steeds toenemende criminaliteit van rondtrekkende, bezitlooze benden; het te dreigend worden der misdadigheid dan dat men er niet toe kwam sterk afschrikkende middelen te gebruiken; de invloed van het gerecipieerde Romeinsche Recht; en het veldwinnen van de opvatting, dat de misdaad niet gestraft werd ter voldoening aan den beleedigde, maar als reactie tegen den misdadigen wil. „Men wendde als 't ware zijn aandacht van den wreker op den dader" [1].

Het karakter van die laat-middeleeuwsche lijfstraffen is zeer wreed; op den voorgrond gesteld wordt — eeuwenlang — het afschrikkingsdoel. Voor het éérst krijgt de straf dus geprononceerd het **doel** om **misdrijf te voorkómen**; doel, dat latent wel in àlle straf en wraak heeft gelegen, maar dat naar voren komt in tijden van sterk-onveilig-makende criminaliteit.

— Zooals we boven zagen, is in dien tijd de compositie op den achtergrond geraakt. Ook is door het accentueeren van het afschrikkingsdoel verloren gegaan het gevoel van verplichting, de straf binnen een bepaalde grens te houden. Toch was gebleven de behoefte aan verband tusschen misdaad en straf. En het middeleeuwsch denken kon dat verband niet anders vatten dan zinnebeeldig.

Nu viel deze ontvankelijkheid voor àl wat den samenhang tusschen misdrijf en straf symbolisch kon verduidelijken, samen met het bekend worden van het Romeinsche en Mozaïsche jus talionis.

---

1) ANDRÉ DE LA PORTE, Wraak en Straf, p. 112.

Voor materiëele talio nu is het Germaansche rechtskarakter over het algemeen niet gunstig [1]), hoewel in sommige gevallen ook de regel: „oculum pro oculo, dentem pro dente" wordt toegepast. Des te meer echter wordt de analogische talio in het middeleeuwsch recht binnengehaald. Bij één misdrijf, n.l. de valsche aanklacht, had reeds het oorspronkelijke Germaansche recht de analogische talio gekend in den vorm van de toepassing der straf, die op het valschelijk aangegeven misdrijf stond, op den aanklager zelve. Thans werd dit beginsel ook toegepast bij moord en mishandeling, ja zelfs bij mondelinge beleediging: de verminking van het schuldige lichaamsdeel maakte den samenhang tusschen misdrijf en straf zoo aanschouwelijk mogelijk. Langzamerhand vormt zich een uitgewerkt systeem van analogieën, dikwijls van de afschuwelijkste wreedheid; brandstichting wordt met den vuurdood gestraft, valsche munt met zieden. Totdat dit geheele systeem van wreede straf-phantasieën, uiting van denzelfden geest als de middeleeuwsche hel- en duivelvoorstellingen, en geheel gebaseerd op de absolute nietachting van den misdadiger of vermoedelijken misdadiger als mensch, langzamerhand voor het koeler licht van den na-middeleeuwschen tijd verdwijnt, om plaats te maken voor een meer eenvoudig-verstandelijk zoeken èn van doelmatige voorkóming van misdrijven, èn van aantooning van den samenhang tusschen misdrijf en straf.

— Gevangenisstraf is in den geheelen loop van het Germaansche recht nog volkomen bijzaak; zij kon eerst hoofdstraf worden in een tijd waarin het verbeteringsdoel op den voorgrond staat. En dat was in het wereldlijk recht der middeleeuwen allerminst het geval.

---

1) GÜNTHER, Wiedervergeltung, I, p. 180—182.

Wèl wordt in de spreuken der Katholieke Kerk en in de geschriften van Thomas van Aquino herhaaldelijk van het verbeteringsdoel gesproken: de straffen dezer wereld zijn „magis medicinales quam retributivae."

— Vertegenwoordigde het oude Germaansche strafrecht een primitief en impulsief-reageerend recht, betrekkelijk weinig bedacht om de gevolgen der straf, met zeer weinig sporen van eenige overheidsvoorzorg ter voorkóming van misdrijven en met weinig verachting voor den overtreder (behoudens zeldzame uitzonderingen) — het latere middeleeuwsche recht vertoont ons een stadium, waarin de misdadiger zóó zeer uitgeworpene is, zóó weinig als persoon wordt erkend, dat hij object is voor de meest gruwzame, afschrikkende en het misdrijf symboliseerende straffen — die in de practijk, zooals overbekend is, hun doel van afschrikking allerminst bereikt hebben.

En de Carolina, het eerste „einheitliche" Germaansche recht, sluit wèl in hoofdzaak af den strijd tusschen compositie en private wraak eenerzijds, staatsstraf anderzijds, maar beteekent niets voor den innerlijken aard en de mate der straf. Het ruw-wreede afschrikkingsbeginsel der C. C. C. verloochent zijn tijd: het einde der middeleeuwen, niet. Het is nog steeds de tijd van het despotisme van den machthebbende tegenover den onderworpene. „Auf niedriger Kulturstufe", zegt Schmoller [1]), „straft und tötet, verbrennt und rädert man die Menschen wegen verschiedener Ansichten." Zoowel de vergelding als de doelmatigheid van die tijden is rücksichtslos; erkent niet de persoonlijkheid òòk van den misdadiger, beschouwt niet de

1) Grundriss d. allg. Volkswirtschaftslehre I, p. 57.

tallooze menschen als in verschillenden gráád goed en slecht, maar ziet één scherpe grens tusschen de normale, brave burgers en de misdadige, abnormale. Onwillekeurig trekken we den parallel met de behandeling of juister mishandeling der krankzinnigen in die dagen: het was de tijd voordat aan de menschelijkheid van den abnormale gedacht werd.

En dit blijft zoo tot het einde der 18de eeuw. In de eeuwen die na de Carolina volgen, is losgeraakt het oude, vroeg middeleeuwsche schema, en eveneens de half-godsdienstig, in elk geval door duivelsvrees bijgeloovig getinte symboliek van het laat-middeleeuwsche strafstelsel. In den eersten tijd had men het verband tusschen misdaad en straf willen verduidelijken door de m a t e, in den tweeden door de s o o r t en den v o r m der straf; van beider pogen blijft slechts een naklank over; over 't geheel streven 16de en 17de eeuw naar géénerlei bepaalde proportie van daad en strafreactie. Grove nuttigheidsoverwegingen zitten voor. — Het scholastische schema was overwonnen: thans wèrd er rekening gehouden met het concrete geval, met de doelmatigheid — maar alleen op de wijze van de zuivere willekeur. Iedere mäát schijnt verloren gegaan in de noodzaak der tijden om vóór alles af te schrikken; van een g e l ij k e vergelding, zooals bij de talio althans werd b e d o e l d en n a g e s t r e e f d, is geen sprake meer; de straf gaat veel verder dan het misdrijf; evenmin is er van eenige doordachte doelmatigheid sprake; afschrikkingsmaatregel wordt op afschrikkingsmaatregel gestapeld. In den loop der middeleeuwen, in den gang der ontwikkeling van het strafrecht tot publiekrecht, was de misdadiger — oorspronkelijk de gelijke van den aanklager — geworden tot object, tot uitgestootene, tot middel om anderen af te schrikken.

De generale preventie is het eigenlijke wezen der straf na de vroege middeleeuwen en vóór de tweede helft der 18de eeuw; in de gebruikelijke woorden „anderen ten exempel" wordt dit vertolkt.

In dien tijd wòrdt er geindividualiseerd, wordt niets meer naar vasten regel berecht. „En realité, le droit commun ne fut déterminé ni par la coutume ni par la loi, mais bien par la jurisprudence" [1]). Geindividualiseerd wordt er echter niet naar den graad van schuld, óók niet, althans niet in sterke mate, naar de subjectieve gevaarlijkheid van den dader, maar naar de objectieve gevaarlijkheid van het feit. Zoo worden veel voorkomende, maar niet ernstige en ook geen gevaarlijkheid van den dader openbarende misdrijven zwaarder gestraft dan ernstige maar zeldzame delicten. — Een „individualiseering" dus, waarbij de enkeling niets, de rust van de gemeenschap alles is. Een tijd van vergroving, waarin platte willekeur is getreden in de plaats van het naïef-middeleeuwsche schema, zooals de 16de en 17de eeuw op ieder gebied tijden van betrekkelijke ruwheid en grofheid zijn, die de oplossing van de fijnere middeleeuwen beteekenen en zelve weer worden opgevolgd door de — op geheel andere wijze — verfijnde 18de eeuw. Een tijd van ontbinding, waarop een nieuw begin moest volgen.

Dat nieuwe begin werd reeds sedert lang voorbereid in de geesteswetenschappen; in de vrijwording der persoonlijkheid sedert Renaissance en Reformatie; in het opleven eener vrije philosophie in de 17de eeuw. Sedert Hugo de Groot en zijn tijd gaat de theorie zich weer uitdrukkelijk rekenschap vragen over de gronden van het jus puniendi.

---

1) GARRAUD, Traité, I, p. 112.

Hiermee begint een nieuw stadium. Ten allen tijde was er natuurlijk over de straf gephilosopheerd; maar wetenschappelijk-systematisch-philosophische beschouwingen over grond en wezen der straf hadden sedert de oudheid geen rol meer gespeeld; men strafte naïef, zonder zich anders dan terloops in beschouwingen erover te verdiepen. Maar thans naderen we de eeuwen van „intellectualisme"; nu het menschelijk denken in hoofdzaak vrij is geworden na de gebondenheid der symbolische middeleeuwen, speelt een tijdlang het intellect een overwegende rol. Zelfs de kunst wordt hierdoor aangetast; Boileau zegt: „Aimez donc la raison! Que toujours vos écrits Empruntent d'elle seule et leur lustre et leur prix!" Dientengevolge verkrijgen thans de theorieën — zelven uitvloeisel van de tijdstrooming — invloed, en worden belangrijke factor in de verderontwikkeling der straf, evenals in die der politiek en van andere verschijnselen.

Toch duurt het lang eer deze geestelijke herleving zich op het gebied van het strafrecht doet gevoelen. Misschien worden voor een groot deel de oorzaken daarvan weergegeven in de woorden van Lamprecht [1]: „Gleichwohl ist die nächste Wirkung der sittlichen Gärung auf die bestehenden Einrichtungen der Sitte und des Rechts ziemlich begrenzt gewesen. Es waren eben nicht die kirchlich und staatlich führenden Kreise, die ihr an erster Stelle unterlagen, und so wurde das obere, öffentliche Niveau der sittlichen Institutionen von ihr zunächst nicht unmittelbar getroffen". Wellicht ook komt daarbij speciaal voor het strafrecht het in de geheele burgerij zoo lang voortlevende bewustzijn, dat met den delinquent en den abnormale geen rekening behoeft te worden gehouden; het strafrecht — in

1) Deutsche Geschichte VIII, I, 285.

tegenstelling tot economie, politiek, kunst, religie — raakt direct slechts de belangen van een bepaalde, vrij kleine, groep.

Toen dan tòch het verzet kwam — in dien tijd van groote omkeering van geestesleven, van scheppen van nieuwe normen, die 18de eeuw heet — moest het uitteraard uitgaan èn van een humanitair, èn van een abstract-schematisch, èn van een individualistisch beginsel. De meer verfijnde en beschaafde tijd begint zich in te denken in, medelijden te voelen met den misdadiger, men begint hem niet meer geheel te beschouwen als overgeleverd object ter afschrikking van anderen; de pas ontwaakte „rede" waant zich oppermachtig, meent de geheele wereld opnieuw te kunnen regelen, volgens abstracte deducties; men begint onaantastbare „rechten" van den enkeling, op ieder gebied, tegenover de heerschende willekeur te verkondigen; — maar kan zich die nog niet anders denken dan beschermd door de vaste schablone, die iedere willekeur onmogelijk maakt. In den „stijl" van dien tijd volgt nu eenmaal op de barokke toomeloosheid de strenge strakke lijn van den style-Louis XVI. Het abstract-humanitaire en schematisch-individualistische gezichtspunt vinden we zoowel bij de Fransche en Italiaansche Aufklärung der 18de als bij de idealistische Duitsche philosophie van het begin der 19de eeuw, ondanks alle verschil in inhoud tusschen die beiden. Beiden zijn de punten van uitgang van het „klassieke" strafrecht, waartegen te zijner tijd weer een jongere beweging in opstand komen zou.

De Fransche Aufklärung op strafrechtsgebied hing samen met de algemeene politiek-religieuse vrijwording dier dagen, de emancipatie van alle autoriteit in denken en maatschappelijk leven. Het scepticisme en het onderzoek naar den oorsprong der maatschappelijke orde, uit de Engelsche

philosophie (Bacon, Locke, Hobbes) stammende, werden in Frankrijk gepopulariseerd en in practisch-politische leeringen omgezet; in Frankrijk werden zij tot „beweging", waarvan het program op ieder gebied leerde: losmaking van de door eeuwen gevestigde autoriteit, terugkeer tot de natuur, vrijheid voor den enkeling.

Juist op strafrechtelijk gebied echter is die beweging bizonder heftig geworden; waarschijnlijk omdat juist dit gebied zóó was verwaarloosd, zóó buiten de toch overigens betrekkelijk vèrgevorderde beschaving was omgegaan, dat het a. h. w. een schrikwekkend lagere cultuurperiode vertegenwoordigde. Reeds Beccaria zegt, na de theorieën omtrent de verhouding van vorst en volk, omtrent het industriëele leven enz. te hebben besproken: „dies sind die Früchte, die bereits im Lichte dieses unseres Jahrhunderts reiften; aber noch sehr Wenige haben die Grausamkeit unserer Strafen, die Unregelmässigkeit unseres Strafverfahrens bekämpft, nur Wenige diesen hochwichtigen und doch im grössten Teile Europa's so verwahrlosten Zweig der Gesetzgebung einer Prüfung unterzogen" [1]. Deze „Prüfung" begint nu, en is scherp en hevig en zonder erbarmen voor vroegere dogmata, — gelijk immers de geheele Aufklärung zich typeert door haar geheel onhistorisch karakter, door haar jeugdigen, haastigen, triomphantelijken, oppervlakkigen hervormers-overmoed, door haar minachting voor alle vroegere leven als iets niet-eigenlijks: — Voltaire schrijft in een brief aan le duc de la Vallière [2]: „Ne dissimulons point, nous n'existons

---

1) BECCARIA, Über Verbrechen und Strafen; übersetzt von Jul. Glaser, 1851, p. 2. — Ook HERTZ, Voltaire u. die französ. Strafrechtspflege, (1887), die het middeleeuwsche strafrecht goedkeurt voor de middeleeuwen waarin aan het menschelijk leven betrekkelijk weinig waarde werd gehecht, ziet in de 18[de] eeuw een kloof tusschen het strafstelsel en de overige cultuur.

2) Geciteerd in GLASER's Vorwort bij diens vertaling van Beccaria, blz. IX.

que depuis environ six-vingt ans". — Een onhistorische geest, die zich allereerst weerspiegelt in de leer van het contrat social, inzooverre dit verdrag door Rousseau als éénig mogelijke oorsprong van Recht wordt aangenomen, daar volgens hem Macht toch nooit door tijdsverloop tot Recht zou kunnen worden. Een zuiver statische beschouwings-wijze, die zich óók uit in de wijze waarop èn bij Montesquieu, èn bij Rousseau, èn bij Beccaria, èn in de Encyclopédie, historische gebeurtenissen worden aangehaald en besproken: niet als verschijnselen van een bepaalden tijd, maar als bewijzen voor een beginsel; — zoo worden „het monarchale régime" van Chineezen, klassieke Romeinen, moderne Spanjaarden en Engelschen in alle naïviteit tezamen genomen — niet met vooronderstelling van innerlijk verschil, maar met algeheele wegcijfering daarvan; zoo worden ook zonder den minsten schroom voortdurend argumentaties van Plutarchus of Cicero als nog voor het Frankrijk der 18de eeuw geldend aangehaald: er wordt slechts gelet op de abstracte steekhoudendheid der redeneering; de geschiedenis der menschheid wordt a. h. w. als een vlak gezien. In dienzelfden abstracten geest ook wordt steeds in het algemeen van „la Vertu" enz. enz. gesproken; wordt lang geredeneerd over de geheel academische quaestie, wat beter sanctie op een wet is: belooning voor nakoming, of straf voor niet-nakoming? [1]) — en wordt deze quaestie alleen bezien uit het oogpunt van speciale preventie verbonden met philosophische overwegingen omtrent de meerdere kracht van bedreiging dan wel van belofte, — dus alleen van abstract-individueel-psychologisch standpunt. (Men denke zich hoeveel reëeler door anthropologen en sociologen

1) Encyclopédie ou Dictionaire Universel raisonné des connoissances humaines; Yverdon 1773; Tome XXVI, voce Loi.

tegenwoordig vragen omtrent de uitwerking van strafbedreigingen worden behandeld!) Van bijna alle vertegenwoordigers der Aufklärung geldt wat de Ségur over Turgot zegt „tout imbu de formules et d'axiomes, hardi à briser les vieux cadres pour reconstruire d'après des plans nouveaux" [1]). Evenals de klassieke economie van Adam Smith, zoo redeneert de 18de eeuwsche philosophie en politiek over „Den Mensch" in het algemeen en in het afgetrokkene.

Een uiting van dienzelfden geest is ook de overschatting van de macht der wetgeving. Bij de bespreking van den samenhang tusschen strafstelsel en cultuur gaat men uit van de wetten als het primaire: „De wetten waren in vroeger tijden wreed, en dientengevolge werden de burgers ook wreed" [2]). Zoo wordt dan ook de wet steeds als een bevel van den souverein beschouwd, gegeven uit welbewuste doelmatigheidsoverwegingen, nooit als de vastlegging en formuleering van langzaam in het volksleven gegroeide regels [3]). „L'erreur du XVIIIième siècle",

1) De Ségur, Au couchant de la Monarchie; La succession de Turgot; in: Revue des Deux Mondes; 15 Janvier 1912, p. 336.

2) Zie b.v. Encyclopédie Tome XXXII, v. Peine, p. 622.

3) Bijvoorbeeld: Enc. Tome XXVI v. Loi wordt de volgende definitie van wet gegeven, die privaatrechtelijke wetten zelfs niet eens omvat: „c'est une règle prescrite par le souverain d'une société à ses sujets, pour leur imposer l'obligation de faire ou de pas faire certaines actions sous la menace de quelque peine". (Spatiëering van mij.) Op pag. 519 van hetzelfde deel vinden we: „La fin de la loi à l'égard des sujets, c'est qu'ils y conforment leurs actions, et que par là ils se rendent heureux.... Que l'on se garde donc bien de penser que les lois soient faites proprement pour imposer un joug aux hommes. Une fin si peu raisonnable sèrait indigne d'un souverain qui par sa nature ne doit pas être moins bon que puissant et sage" etc. (Spatiëering van mij). En Rousseau (Du Contrat Social, chap. III) ontkent, dat macht ooit recht kan worden — dus: ontkent de omvormende, sanctioneerende kracht der gewoonte. Dit is zelfs de grond, waarop hij tot de hypothese van het maatschappelijk verdrag als eenig denkbaar fundament onzer rechtsorde komt. — Het is duidelijk, dat tegen dergelijke uitspraken de historische school de lijnrechte reactie vormt.

heeft Brunetière eens gezegd, „est de regarder la question morale comme une question politique". Het is deze neiging om den nadruk te leggen op den invloed der van-boven-af gegeven wetgeving, tezamen met den wensch naar den rechter geheel bindende en aan het volk geheel duidelijke formuleering van wat geldend recht is [1]), kortom naar rechtszekerheid, die den bodem vormt voor de codificatiën van het volgende tijdvak.

Eigenaardig is, náást dit vertrouwen in de macht der wetgeving om alles ten goede te leiden, dat zich o. a. in de eerste jaren der Revolutie zoo sterk uit —, de neiging om den enkeling zooveel mogelijk tegen gezag en willekeur van-boven-af te beschermen, ja het gebied, waarop de wetgever zich mag bewegen, in te krimpen. Wij hebben hier een van de vele gevallen van twee logisch schijnbaar tegenover elkander staande en toch historisch samengaande stroomingen. — De wetgeving moest zooveel mogelijk de onaantastbare rechten en vrijheden van den enkeling eerbiedigen; en àls zij dat deed, dan zou zulk een goede wetgeving schitterende resultaten hebben. — Weinig „consequent" inderdaad; maar de Aufklärung staat haars ondanks nog zoozeer onder den ban der voorafgegane despotie, en houdt bovenal in haar abstractie nog zoo weinig rekening met economische of psychologische factoren, dat zij andere invloeden dan wetgeving en regeering eigenlijk nog nauwelijks binnen haar overdenkingen trekt.

Belangrijker voor den volgenden tijd — bij wiens lang-

1) Enc. Tome XXVI v. Loi: „Il faut que cette volonté soit notifiée aux sujets d'une manière convenable, ensorte qu'ils puissent connoître ce que le souverain exige d'eux". Ook waar hier en in sommige dergelijke uitspraken waarschijnlijk niet bewust aan codificatie, maar in hoofdzaak aan duidelijke afkondiging der wetten gedacht is, leidt de telkensvooropstelling van dit beginsel vanzelve in die richting.

zame voortontwikkeling der liberalistische theorieën, ondanks de onderbrekingen van Restauratie en reactie, het vertrouwen in het vermogen der wetgeving op den achtergrond geraakt, om eerst aan het einde der 19de eeuw, maar dan in geheel nieuwen vorm, weer op te duiken — belangrijker voor het klassieke strafrecht dan het stervende geloof in de macht van den „goeden en wijzen wetgever" is de àndere tendens: de handhaving van de vrijheid van den enkeling en de beperking der macht van den staat om hem verder aan te tasten dan hijzelve heeft goedgevonden of had moeten goedvinden, verder dan hij heeft verdiend, en verder dan waarop hij heeft gerekend — met andere woorden: de leer van het contrat social, van de proportionaliteit van straf en misdrijf, en van den regel, dat **niet** achteraf en in concreto, maar van te voren en in abstracto de straf moet worden bepaald.

In hoofdzaak gaat in deze grondbeginselen de Aufklärung hand in hand met de Duitsche philosophie; onder het teeken vooral van den eisch van abstracte rechtszekerheid staat ook Feuerbach, staat de codificatie, staat nòg het liberale neo-classicisme. Want, zooals op zoo menig ander gebied, hebben ook hier, in de opvattingen over misdrijf en straf, de ideeën der 18de eeuw het grootste gedeelte van de theorie der 19de beheerscht. Die ideeën hebben zich, bij de verschillende volkeren en door het geheele verloop der 19de eeuw heen, sterk gedifferentiëerd en vervormd en hebben telkens meer van hun oorspronkelijken inhoud prijsgegeven; totdat tenslotte, op bijna ieder gebied gelijktijdig, in het láátste kwart der 19de eeuw alles òmslaat; dàn — en met een betrekkelijk groote snelheid — dringen zich de eigen theorieën der 19de eeuw, — de theorieën die de abstractie waren van háár feite-

lijke ontwikkeling, — naar den voorgrond. En dàn ontspint zich op ieder gebied de strijd tusschen de overgeleverde en intusschen fijner uitgewerkte theorie der 18de eeuw (die, zooals iedere theorie, den tijd waarvàn ze de theorie was lang overduurd heeft), en de, schijnbaar plotseling opgekomen, jonge opvattingen. —

— Wat dan was de nadere inhoud dier 18de eeuwsche theorieën?

Op grond van haar opnieuw-willen-beginnen, op grond van haar niet-erkennen der Gewoonte als recht-scheppend, kwam de Aufklärung ertoe, het verdrag, waarbij de oorspronkelijk in algeheele individueele vrijheid levende menschen ieder een déél hunner vrijheid zouden hebben afgestaan, teneinde het deel dat zij zouden behouden des te beter gewaarborgd te zien, tot grondslag der rechtsorde te maken [1]). Dit historisch gefingeerde verdrag wordt dan tot toetssteen gemaakt voor de thans bestaande instellingen: laten deze zich niet goed met het maatschappelijk verdrag rijmen, dan worden ze als strijdig met de natuurlijke rechtsorde afgekeurd.

Bij een dergelijk maatschappelijk verdrag — waarbij van een wezenlijke volks-éénheid in en boven de enkelingen nog geen sprake is, maar de verhouding van enkeling tot gemeenschap op de wijze van een aftreksom gedacht wordt — ligt het in den aard der zaak, dat ieder slechts van een zoo klein mogelijk deel zijner vrijheid afstand doet. En: „das Aggregat dieser möglichst kleinen Theile begründet das Recht zu strafen; was darüber geht, ist Missbrauch und nicht Gerechtigkeit" [2]).

---

1) ROUSSEAU, Du contrat social, passim; BECCARIA, Über Verbrechen u. Strafen, übersetzt v. Glaser, p. 5—6; Encyclopédie, passim, o. a. met betrekking tot de straf Tome XXXII, p. 620.

2) BECCARIA, t. a. p. p. 6.

Ten nauwste hangt dus de 18de eeuwsche beperking der strafmacht samen met de vrijheidsleer dier dagen, die niet anders was dan de voorbereiding der vrijheidsleer van den rechtsstaat. De liberalistische vrijheidsopvattingen, waarmee de middeleeuwsche en nog 17de eeuwsche verheerlijking van onbeperkte macht en willekeur geheel zijn overwonnen, vinden we zuiver geformuleerd reeds bij Montesquieu: „La liberté politique ne consiste pas à faire ce qu'on veut. Dans un état, c'est à dire dans une société où il y a des lois, la liberté ne peut consister qu'à pouvoir faire ce que l'on doit vouloir, et à n'être point contraint de faire ce que l'on ne doit pas vouloir.... Si un citoyen pouvait faire ce que... (les lois)... défendent, il n'auroit plus de liberté, parceque les autres auroient tout de même ce pouvoir" [1]) en: „Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir; il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir" [2]); terwijl het verband tusschen deze algemeene vrijheidsbeginselen en het strafrecht ook door hem reeds duidelijk en zuiver gezien wordt: „Cette sûreté (n.l. de politieke vrijheid) n'est jamais plus attaquée que dans les accusations publiques ou privées. C'est donc de la bonté des lois criminelles que dépend principalement la liberté du citoyen..... et, dans un état qui aurait là-dessus les meillieures lois possibles, un homme à qui on feroit son procès, et qui devroit être pendu le lendemain, seroit plus libre qu'un bacha ne l'est en Turquie" [3]).

Groot is de waarde ervan, dat in deze overdenkingen vrijheid en willekeur duidelijk onderscheiden worden en de vrijheid niet meer uitsluitend an-ethisch en egoïstisch, zonder aandacht voor „den ander" wordt opgevat; typisch

1) MONTESQIEU, de l'Esprit des Lois, Livre XI, ch. III. (Spatiëering van mij).
2) Ibid. Livre XI, ch. IV. (Spatiëering van mij).
3) Ibid. Livre XII, ch. II.

18de eeuwsch echter zijn ze daarin, dat deze verhouding van de vrijheid van den eenen mensch tot die van den ander alleen als een begrenzing gedacht wordt; binnen het eigen territoir blijft de enkeling oppermachtig.

Het is in deze leerstukken — van het contrat social en van den afstand van het kleinst mogelijke deel vrijheid van den enkeling aan de gemeenschap — dat wij de voorbereiding vinden van de liberale individualistische vrijheidsidee en leer van staatsonthouding, die zich op het gebied van het strafrecht in de leer der neo-classieke school uit, en óók nog, getemperd, naklinkt in Von Liszt's opvatting, dat het strafwetboek is en moet zijn de magna charta van den misdadiger.

De magna charta tegen willekeur; want een derde mogelijkheid buiten onaantastbaarheid van den enkeling eenerzijds en willekeur der overheid anderzijds kon over 't algemeen de 18de en ook een groot deel der 19de eeuw zich nog niet denken.

— Het eerste belangrijke practische uitvloeisel van dit alles, gecombineerd met de aufklärerische verheerlijking van de wetgeving, is de opvatting: „dass die Gesetze allein Strafen auf die Verbrechen setzen können, dass diese Macht nur in den Händen des Gesetzgebers ruhen könne, der die ganze durch einen Gesellschaftsvertrag vereinigte Gesellschaft vertritt" [1]). Uitteraard hangt hiermee samen een sterke oppositie tegen het totnogtoe geldend arbitrium judicis, ja ook tegen de bevoegdheid van den rechter om de wet „naar haar geest" te interpreteeren. Zelfs gaat Beccaria zoover te schrijven: „In Bezug auf jedes Verbrechen muss sich dem Richter ein regelrechter Syllogismus ergeben;

1) BECCARIA, t. a. p. p. 7, en woordelijk gelijk, („qu'il n'appartient qu'aux lois seules de décerner la peine des crimes"), vermoedelijk uit Beccaria overgenomen, Encycl. Tome XXXII v. Peine.

der Obersatz ist das allgemeine Gesetz; der Untersatz die Handlung, die dem Gesetze entspricht oder nicht entspricht; die Schlussfolgerung: Freiheit oder Strafe. Muss oder will der Richter auch nur zwei Syllogismen machen, so ist der Unsicherheit Thür und Thor geöffnet" [1]). En uitingen in gelijken geest vinden we ook bij Montesquieu [2]). Ook vloeit Beccaria's (door Montesquieu, Rousseau en de vroegere deelen der Encyclopédie niet gedeelde) oppositie tegen het gratierecht van den souverein uit dienzelfden eisch van volstrekte mathematische rechtszekerheid, waarbij de rechter alleen automatische toepasser der wet is, voort.

Dat dit alles overigens, zelfs onder de Encyclopédisten, nog lang niet communis opinio was, blijkt o. a. uit de woorden: „Quoique nos lois aient reglé la peine des crimes les plus connus, on tient cependant que toutes les peines sont arbitraires, c'est-à-dire, qu'elles dépendent beaucoup des circonstances et de la prudence du juge" [3]). Trouwens, zooals door A. von Overbeck [4]) terecht wordt opgemerkt, vinden we begrijpelijkerwijs in een reuzenwerk als de Encyclopédie naast elkander vertegenwoordigers van het oude régime èn van de nieuwe leer, en spiegelt de Encyclopédie juist daarom zoo zuiver de stroomingen van den tijd. —

— Van deze leer van begrenzing der overheidsmacht op het gebied van het strafrecht is het nog maar één schrede tot het weer opduiken van de oude leer der proportionaliteit van misdrijf en straf, die telkens wederkeert, maar telkens in andere gedaante, in verband met de geestelijke atmospheer van den tijd waarin ze geuit wordt.

---

1) BECCARIA, t. a. p. p. 9.
2) De l'Esprit des Lois, Livre VI, ch. III en IV.
3) Encycl. Tome XII, v. Crime, p. 324.
4) Das Strafrecht der französ. Encycl., Karlsruhe 1912, p. 4—5.

Ditmaal wordt zij bijna geheel op utilistische gronden verdedigd. „Het grootste geluk van het grootste aantal" wordt omstreeks dienzelfden tijd — iets later — in Engeland door Bentham tot ethischen maatstaf verheven; en het utilisme vinden wij in de Fransche Revolutie met haar vooropstelling van „le bien public" tot beginsel van practische politiek geworden.

Zoo lezen we dan ook reeds in de Encyclopédie: „L'utilité publique est la véritable règle de la justice, et la considération des conséquences avantageuses qui résultent de cette vertu est la seule raison du mérite qu'on y attache" [1]). En zoo vinden we dan ook de proportionaliteitsleer verdedigd op den volgenden grond — tevens een eigenaardig licht verspreidend op het geloof in den algeheelen invloed der wetgeving op de volksconscientie: „Si on établit la même peine pour celui qui tue un cerf ou un faisan, que pour celui qui tue un homme, ou qui falsifie un écrit important, on ne fera bientôt plus aucune différence entre ces deux délits [2]). C'est ainsi qu'on détruit dans le coeur de l'homme les sentiments moraux, ouvrage de beaucoup de siècles . . ." etc. [3]). — Van eene onrechtvaardigheid van zoodanig strafstelsel, als gevend een òngerechte vergelding, wordt niet gesproken: en hier, in de tegenstelling tusschen utilisme en absoluut-idealisme, ligt het diepstgaand verschil tusschen de straftheorieën der Aufklärer en die der klassieke Duitsche philosophen.

Ook Montesquieu schrijft in dien geest: „Il est essentiel que les peines aient de l'harmonie entre elles, parce qu'il est essentiel qu'on évite plutôt un

---

1) Enc. Tome XXV, v. Justice, p. 284.
2) Spatiëering van mij.
3) Enc. Tome XXXII, v. Peine, p. 628—629.

grand crime qu'un moindre; ce quí attaque plus la société que ce qui la choque moins..... C'est un grand mal parmi nous de faire subir la même peine à celui qui vole sur un grand chemin, et à celui qui vole et assassine. Il est visible que, pour la sûreté publique, if faudroit mettre quelque différence dans la peine" [1]).

En uitvoerig grondvest Beccaria de leer der evenredigheid van kwaad en straf op de leer van het algemeen welzijn en indirect op die van het maatschappelijk verdrag. — Het ligt betrekkelijk in den aard der zaak, dat daarbij het afschrikkingsbeginsel, hoewel in zeer verzachten vorm, nog op den voorgrond staat. Beccaria spreekt dit duidelijk uit: „der Zweck (der Strafe) ist..... kein Anderer, als den Schuldigen daran zu hinderen, dass er seinen Mitbürgern neuen Schaden zufüge, und Andere von ähnlichen Handlungen abzuhalten" [2]); en dat hem van die twee de generale preventie nog belangrijker voorkomt dan de speciale, blijkt uit den hoofdgang van zijn betoog. Zoo wordt ook de verhouding vàn misdrijf en straf gegrondvest op de leer der generale preventie: „Es liegt nicht nur im Interesse Aller, dass keine Verbrechen begangen werden, sondern auch, dass sie in dem Masse seltener vorkommen, als sie der Gesellschaft schädlicher sind. Es müssen also die Hindernisse, welche die Menschen von Verbrechen abhalten sollen, um so grösser sein, je grösseren Schaden diese der Gemeinschaft zufügen, je stärker der Antrieb ist, aus dem sie hervorgehen. Die Strafen müssen also in richtigem Verhältniss zu den Verbrechen stehen" [3]).

---

1) De l'Esprit des Lois, Livre VI, ch. XVI.

2) BECCARIA, t. a. p. p. 40—41.

3) BECCARIA, t. a. p. p. 64. (Spatiëering van mij). Zie ook de volgende bladzijde van Beccaria.

We hebben hier dus noch een innerlijke vergelding, zooals bij het Kanonieke Recht en de Duitsche philosophie, noch een rekening houden met de gevaarlijkheid van den dader zooals bij de tegenwoordige strafrechtsrichtingen; we hebben hier alleen den eisch van nauwkeurige bepaling der verhouding tusschen straf en gepleegd feit met het oog op de generale preventie.

Toch verschijnt ook in de Fransche Aufklärung de leer van het niet-arbitraire karakter der strafrechtspleging nog in een ander licht. Bij Montesquieu lezen wij: „C'est le triomphe de la liberté, lorsque les lois criminelles tirent chaque peine de la nature particulière du crime; **tout l'arbitraire cesse**, la peine ne dépend point du caprice du législateur, mais de la nature de la chose; et ce n'est point l'homme qui fait violence à l'homme"[1]).

Met dit laatste is inderdaad aangegeven, wàt aan alle vereering van het proportionaliteits-beginsel, wàt aan het telkens in nieuwen vorm terugkeeren daartoe, ten grondslag ligt: het schijnt dan niet zoozeer de feilbare mensch te zijn die over den mensch oordeelt, als wel: het feit, het onrecht zèlve dat eigen straf meebrengt —; het natuurrechtelijke „malum passionis propter malum actionis" van Hugo de Groot en Kant's „Princip der Gleichheit im Stande des Züngleins an der Waage der Gerechtigkeit", hoe verschillend overigens, houden dit gelijkelijk in.

Dat nu deze neiging der 18de eeuwsche strafhervormers naar mathematische evenredigheid van onrecht en straf zich niet alleen richt tegen de ruwe bepaling der straf in concreto naar het feit, die de arbitraire rechtspraak der

1) De l'Esprit des Lois, Livre XII, ch. IV. (Spatiëering van mij). Dezelfde zinsnede wordt woordelijk en met veel bijval aangehaald in de Encyclopédie, Tome XII, v. Crime.

voorafgaande eeuwen had gekend, maar óók tegen een fijner individualisatie, wordt bij Beccaria duidelijk gezegd: „Jene irrten, die der Meinung waren, das wahre Mass der Verbrechen sei in der Absicht derjenigen zu suchen, die sie begehen..... Es wäre (dann) nicht nur nöthig, ein besonderes Gesetzbuch für jeden einzelnen Bürger zu entwerfen, sondern man müsste für jedes einzelne Verbrechen ein neues Gesetz machen" [1]). En zelfs wil Beccaria de banden tusschen misdrijf en zonde, tusschen strafrecht en moraal losmaken, door, met een dualisme dat men in alle tijden weervindt [2]), de tweede te verwijzen naar het rijk der onkenbaarheden, „Endlich glaubten Manche, dass die Schwere der Sünde das Mass des Verbrechens mitbestimmen müste. Wer aber unparteiisch die Beziehungen der Menschen zu einander und die zwischen ihnen und Gott prüft, wie sie wirklich sind, dem wird's sogleich klar, wie falsch diese Ansicht ist. Erstere sind Beziehungen der Gleichheit. Die Nothwendigkeit allein hat.... die Idee eines gemeinsamen Besten entwickelt, welche die Grundlage aller menschlichen Gerechtigkeit ist. — Die letzteren dagegen sind Beziehungen der Abhängigkeit von einem vollkommenen Wesen..... Hat er über Jene Strafe verhängt, die seiner Allmacht ungehorsam sind — welches Insekt wird es wagen, der göttlichen Gerechtigkeit nachhelfen zu wollen....? Die Schwere der Sünde hängt ab von der unerforschlichen Bosheit des Herzens; diese können beschränkte Wesen nur mittelst der Offenbarung erkennen; wie kann man also sie zur Norm nehmen, nach der die Strafe der Verbrechen bestimmt wird?" [3]). Met de schuld-

1) BECCARIA, t. a. p. p. 67.

2) In onze dagen b. v. bij von Liszt in zijn algeheele scheiding tusschen het practische en transcendentale vrije-wils-vraagstuk.

3) BECCARIA, t. a. p. p. 67—68.

leer heeft de Aufklärung zich opvallend weinig bezig gehouden: „Wir haben gesehen, welches das wahre Mass der Verbrechen sei — nämlich der Schaden, den die Gesellschaft leidet" [1]).

En een credo der objectieve richting vinden we in de woorden: „dass nicht die Empfindlichkeit des Schuldigen das Mass der Strafe ist, sondern die Verletzung der öffentlichen Wohlfahrt" [2]); of wel in uitingen als deze: „.... der Unterschied zwischen „schwer" und „leicht" muss vom blinden und unparteiischen Gesetz festgestellt werden, nicht von der gefährlichen und willkürlichen Klugheit der Richter. Gränzen zu ziehen, ist in der Politik so nothwendig wie in der Mathematik" [3]); — en dan de toepassing: „Ich lasse keine Ausnahme von dieser allgemeinen Regel zu: dass jeder Bürger wissen muss, wann er unschuldig ist, und wann schuldig" [4]). Absolute rechtszekerheid dus, te verkrijgen door fictie van absolute gelijkheid, door abstraheering van individueele verschillen. —

— Op utilistische gronden wordt dus verkondigd de eisch van proportionaliteit van misdrijf en straf, met als maatstaf voor de grootte van het misdrijf alleen het feit en niet de dader. Belangrijk is nu, dat de „utilité publique" óók den grondslag vormt voor het, (nog steeds geldende), schema van verdeeling der strafbare feiten. „On peut juger de la grandeur de ces crimes en général par leur objet, par l'intention et la malice du coupable, par le préjudice qui en revient à la société; et

---

1) BECCARIA, t. a. p. p. 66.

2) Ibid. p. 73. (Spatiëering van mij).

3) Ibid. p. 82.

4) Vergelijk ook de boven (p. 70, noot 1) reeds geciteerde zinsnede uit de Encycl., Tome XXVI, v. Loi.

c'est à cette dernière considération que les deux autres se rapportent en dernier ressort. Il faut donc mettre en premier rang les crimes qui intéressent la société humaine; ensuite ceux qui troublent l'ordre de la société civile, ensuite ceux qui regardent les particuliers"; en deze láátsten worden dan óók weer naar het object onderscheiden, terwijl de subjectieve zijde (leeftijd, motief enz. van den dader), die niet geheel verwaarloosd wordt, toch weer alleen in verband met doelmatigheidsredenen wordt genoemd: als één van de „circonstances qui intéressent plus ou moins la sûreté des citoyens".

Deze 18de eeuwsche gedachte van algemeen welzijn is nog niet de sociale gedachte der 19de eeuw; „la société" der denkers van de Aufklärung is nog slechts de som van de enkelingen die het maatschappelijk verdrag gesloten hebben, evenals Bentham's „greatest happiness of the greatest number" zoowel de menschelijke samenleving als de geluksmate der enkelingen nog alleen numeriek telt. Zoo is dan ook ten slotte de geest der 18de eeuwsche Aufklärung meer individualistisch dan sociaal; haar vóóropzetting van het algemeen belang boven het persoonlijk belang immers is alleen een resultaat van abstracte becijfering: méérdere enkelingen leggen meer gewicht in de schaal dan weinige enkelingen. Iets ànders dan enkelingen (b. v. klassen, rassen, volkeren) denkt de Aufklärung zich niet. En haar groot historisch belang ligt in deze hare eenzijdigheid: in het tijdelijk op den voorgrond brengen van het onaantastbare Recht van den enkeling om te doen en te laten al wat hij wil, zoolang hij daarmee niet zéér merkbaar en positief in de wilsspheer van een anderen enkeling ingrijpt. De Enkeling wordt abstract gedacht, als De-Mensch-in-het-algemeen,

zonder dat aan de verscheidenheid van de concrete persoonlijkheden veel aandacht wordt geschonken. Deze gedachten, mede vervat in de Duitsche classieke philosophie, doortrekken een groot deel van de privaat- en publiekrechtelijke opvattingen der 19de eeuw. —

Maar in één opzicht is de Aufklärung zachter en humaner dan de classieke strafrechtsrichting waarvan zij de moeder was: n.l. in haar heftig verzet tegen de hardheid der straffen, in haar grooter mededoogen met den delinquent, — gelijk immers het einde der 18de eeuw over het geheel „rührsamer" is dan de eerste helft der 19de! Dit humanitaire streven had, voorzoover het zijn oorsprong vond in de leer van het contrat social en de grenzen der strafmacht, ook wel in de latere classieke richting kunnen blijven bestaan; maar terwijl het humane, gedeeltelijk sentimenteele, gevoelsleven van de tweede helft der 18de eeuw verstard was in de stelsel-geworden „eerbiediging der Persoonlijkheid" der classieke philosophie, is de uitwerking van dit deel der Aufklärung gebleven bij afschaffing der ruwwreede lichamelijke straffen, en heeft men op een dieper-gaand erbarmen met den misdadiger moeten wachten tot het langzaam doorbreken van nieuwe humanitaire stroomingen.

Hangt de groote beweging vóór zachtheid der straffen tijdens de Aufklärung dus in den grond sterk samen met het wassende gevoel van mede-lijden met den veroordeelde (allereerst nog met den onschuldig veroordeelde! — de oppositie begon met de verontwaardiging over het proces-Calas en eenige dergelijke) —; toch wordt voor deze zachtheid der straffen evenals voor afschaffing der tortuur over het algemeen langs zuiver-verstandelijk-argumenteerenden weg gepleit. Slechts een enkele maal stuit men op een uiting als die van Montesquieu bij de bespreking der

tortuur: „J'allois dire qu'elle pourroit convenir dans les gouvernements despotiques, ... mais j'entends la voix de la nature qui crie contre moi" [1]). Over het algemeen treffen we betoogen aan ongeveer gelijk het volgende:

„La sévérité des peines convient mieux au gouvernement despotique, dont le principe est la terreur, qu'à la monarchie et à la république, qui ont pour ressort l'honneur et la vertu ... Dans ces états, un bon législateur s'attachera moins à punir les crimes qu'à les prévenir; il s'appliquera plus à donner des mœurs qu'à infliger des supplices" [2]).

— En dan dateeren van Montesquieu en Beccaria die twee groote beginselen, die dankbaar bewaard zijn gebleven als een aanwinst in psychologisch inzicht, die ieder terugvallen tot ruwe afschrikking door middel van telkensverscherpen der straf uitsluit: het inzicht, dat de wijze van strafvoltrekking invloed heeft op de zeden en dus op de criminaliteit, en ten tweede, dat zekerheid van ontdekking oneindig meer afschrikkend werkt dan zware strafbedreiging bij groote kans tot ontkoming eraan.

„In dem Masse, als die Strafen grausam werden, verhärten sich auch die Gemüter der Menschen" [3]). En: „Tout ce que la loi appelle une peine est effectivement une peine", zegt Montesquieu [4]). ... „L'expérience a fait remarquer que, dans les pays où les peines sont douces, l'esprit du citoyen en est frappé, comme il l'est ailleurs par les grandes .... Qu'on examine la cause de tous les relâchements: on verra qu'elle vient de l'impunité des crimes, et non pas de la modération des peines" [5]). „Ich habe gesagt,

1) De l'Esprit des Lois, Livre VI, ch. XVII.
2) MONTESQUIEU, De l'Esprit des Lois, Livre VI, ch. IX.
3) BECCARIA, t. a. p. p. 42.
4) De l'Esprit des Lois, Livre VI, ch. IX.
5) Ibid., Livre VI, ch. XII.

dass die Strafe um so nützlicher ist, je rascher sie eintritt, weil, je kürzer der Zwischenraum ist, der die Strafe von der Missethat trennt, um so fester die beiden Begriffe Verbrechen und Strafe sich miteinander verknüpfen, so dass man unmerklich dahin gelangt, das eine als die Ursache, die andere als die unausbleibliche Wirkung anzusehen" [1]).

Matiging der justitie in de straf, zekerheid der politie in de vervolging — deze worden als waarborgen eener nieuwe beveiliging van de rechtsorde gegeven. In de plaats van de laatste uitloopers der middeleeuwsche strafopvatting, die den misdadiger onbegrensd en erbarmingloos gebruikte als middel ter verzekering van orde en rust, door straffen op hem toe te passen, gedicteerd door symboliek en bijgeloof, is hier getreden de rustige, humane erkenning van het Recht óók van den misdadiger, om niet méér te dulden dan wat door zijn eigen daad strict wordt meegebracht, en dan volgens een wèl en rustig overwogen algemeen belang wordt geëischt. De kring der menschen die men als mènschen erkent is wijder geworden. En er begint een neiging op te komen om voor den beklaagde zijn oude positie van gelijkgerechtigde in het proces, althans van niet-object der willekeur des rechters, terug te verlangen: „Ein Mensch kann nicht eher für schuldig gelten, als bis ein Urteil über ihn gefällt wurde" [2]); — en, vanuit een nieuw criterium waaraan de wijze van strafvoltrekking te toetsen zou zijn, komt men tot verontwaardigde vragen als deze: „Warum ist das Gefängnis ein Mittel weit eher zur Hinrichtung als zur sichern Verwahrung des Angeklagten?" [3]).

Hoe nieuw dit alles was, hoe droevig weinig er nog van

---

1) BECCARIA, t. a. p. p. 56.
2) BECCARIA, t. a. p., p. 26.
3) Ibid. p. 14.

werkelijk-invoelen in den gevangene sprake was, blijkt echter uit het feit, dat door Beccaria en de Encyclopédisten de wreedheid van „les chaînes, les coups, une cage de fer", die zij in de plaats van de doodstraf willen doen treden, niet wordt beseft.

Zoo zijn de korte hoofdtrekken der Strafrechts-Aufklärung — die zich in de landen buiten Frankrijk en Italië mutatis mutandis op verwante wijze voltrok —: abstraheering tot „Den Mensch" en diens onaantastbare Menschenrechten; begrenzing der arbitraire bevoegdheid van souverein en rechter, begrenzing zelfs van de macht der wet om straf te bedreigen, alles ter bescherming van den enkeling tegen willekeur en wreedheid; proportionaliteit van daad en straf; ontwikkeling van de vroeger onbewuste en ondoordachte afschrikkings-straf tot bewuste doelstraf; algeheele objectiviteit, uitsluitend acht geven op het feit en niet op den dader; en naast dit alles een eerlijk streven om misdrijven „eerder te voorkomen dan te straffen", dat echter, om het overwegend theoretische en beslist-onpractische karakter van den tijd [1]), tot eenige behoorlijke sociale voorzorg niet geleid heeft.

„Die That von diesen Gedanken" vinden we in de afschaffing der tortuur door Frederik den Groote, die der doodstraf door Joseph II, wijzigingen van procesrecht door Catharina II, de afschaffing der tortuur in Frankrijk in 1780 [2]), de bepalingen van het Preussische Allgemeine Landrecht tegen vrije wetsinterpretatie, en bovenal in den Code Pénal van 1791.

Als product van de Revolutie is deze de zoo nauwkeurig

---

1) Vergelijk SALEILLES, l'Individualisation de la Peine, p. 50.
2) v. OVERBECK, das Strafr. d. französ. Encycl. p. 126—127.

mogelijke realiseering van de theorieën der Aufklärung.

De algemeene beginselen van het Revolutionaire strafrecht echter vinden we reeds voor een deel in de „Loi concernant les condamnations prononcées pour raison des délits et des crimes" van 21—30 Janvier 1790 [1]), waarvan de inhoud luidt:

„Art. 1. Les délits du même genre seront punis par le même genre de peine, quels que soient le rang et l'état des coupables.

Art. 2. Les délits et les crimes étant personnels, le supplice d'un coupable et les condamnations infamantes quelconques n'impriment aucune flétrissure à sa famille. L'honneur de ceux qui lui appartiennent n'est nullement entaché, et tous continueront d'être admissibles à toutes sortes de professions, d'emplois et de dignités.

Art. 3. La confiscation des biens des condamnés ne pourra jamais être prononcée en aucun cas.

Art. 4. Le corps du supplicié sera délivré à sa famille, si elle le demande. Dans tous les cas, il sera admis à la sépulture ordinaire, et il ne sera fait sur le registre aucune mention du genre de mort".

We zien hierin denzelfden geest als in het afschaffen der heerlijke rechten in die jaren: men ruimt op met overblijfselen uit de middeleeuwsche organisatie, met invloed van standen-verschil op de rechtspraak, met de aansprakelijkheid der geheele familie voor de gevolgen van het misdrijf van een harer leden, met het beschouwen van den veroordeelde als een algeheel-uitgestootene.

Staat in deze wet, dagteekenend uit het begintijdperk der Revolutie, de humaniteit op den voorgrond, in den

1) Te vinden in de verzameling: Code criminel et correctionnel ou Recueil Chronologique des Lois .... etc..... depuis 1790 jusques et compris l'an XIII; Paris, Rondonneau. 1805; Tome I, p. 1.

Code Pénal van 1791 en evenzoo in den Code des Délits et des Peines van den 3den Brumaire an IV vindt men wèl een sterke neiging tot beperking, ja zelfs tot algeheele onmogelijkmaking der rechterlijke vrijheid, maar van een meer-direct humaan gevoel voor den misdadiger is er weinig te bespeuren; ook hier weer blijkt de humaniteit der Aufklärung a. h. w. liberalistisch, negatief, abstract: zij belet willekeur, aantasting van onschuldige familieleden enz., maar verzorgt, behandelt, verbetert niet.

Wèl vinden we in Titre I, art. 2 de la Première Partie du Code Pénal 1791 de bepaling: „La peine de mort consistera dans la simple privation de la vie, sans qu'il puisse jamais être exercé aucune torture envers les condamnés"; maar die doodstraf zelve vinden we in een zéér groot aantal gevallen bedreigd, en dan zonder mogelijkheid voor den rechter om ervan af te wijken. En ook andere harde straffen: twintig jaren tuchthuis en dergelijke, worden gemakkelijk gehanteerd; van het indenken in den misdadiger is blijkbaar bij de wetgevers van den C. P. weinig sprake geweest. Het strafrecht van dien C. P. en van den Code des Délits et des Peines is nog in hoofdzaak belligerent en op afschrikking gericht; behandelt nog steeds den misdadiger als den uitgestooten vijand der samenleving. Wáár in de wetgeving van dien tijd schuchtere pogingen tot verbetering (b. v. van bedelaars [1]) en van jeugdige delinquenten [2])) gewaagd worden, daar geschiedt dit, tengevolge van het gebrek aan practische sociale kennis, op zeer onbeholpen wijze.

Tegen willekeur echter wordt de burger beschermd,

---

1) Décret contenant des mesures pour l'extinction de la mendicité, du 24 Vendémiaire an II.

2) Code Pénal 1791, Titre V: de l'Influence de l'âge des condamnés sur la nature et la durée des peines.

en wel in zoo hooge mate als dit slechts denkbaar is. De arbitraire bevoegdheid van vorst en rechter, overblijfsel uit de tijden van absolutistische macht der overheid, wordt volgens de leer der volkssouvereiniteit, die de rechten der burgers eerbiedigt, geknot; ja zelfs een door de wetgeving vastgestelde straf mag niet worden toegepast, wanneer niet de strafbepaling dateert van vóór het begaan van het misdrijf: immers de dader moet van te voren zekerheid kunnen hebben omtrent de gevolgen die de Staat aan zijn handelingen verbindt.

De Dispositions Préliminaires van den Code des Délits et des Peines van het jaar IV geven zoo in de artt. 2 en 3 den waarborg: „Aucun acte, aucune omission, ne peut être réputé délit, s'il n'y a contravention à une loi promulguée antérieurement"; en: „Nul délit ne peut être puni de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'il fut commis". De beginselen, die, als de grondslagen van het strafrecht, de 19de eeuw beheerscht hebben, en kort na de Revolutie door Feuerbach breeder zijn gemotiveerd en samengevat tot den regel: nullum delictum, nulla poena sine praevia lege poenali — die beginselen, thans als de eenig denkbare „magna charta van den misdadiger" beschouwd, dateeren dus van de strafrechtshervorming der Aufklärung, en vinden zeer bepaaldelijk hun historische oorzaak in dogmata en stemmingen die voor dien tijd karakteristiek zijn.

Verder wordt gewaakt, dat niet nog in de uitvoering een te groote zachtheid of hardheid, door gratie van de zijde van den vorst of bepaling van strafmaat van de zijde van den rechter, trede. Alleen de wetgever — die immers in abstracto beslist! — heeft zeggingsrecht. De macht van den vorst wordt verzwakt door de bepaling: „L'usage de tous actes tendant à empêcher ou à suspendre

l'exercice de la justice criminelle, l'usage des lettres de grâce, de rémission, d'abolition, de pardon et de commutation de peine, sont abolis pour tout crime poursuivi par voie de jurés" [1]); die van den rechter te niet gedaan door de volstrekt gefixeerde strafmaat voor ieder misdrijf, zonder dat den rechter éénige vrijheid van beweging tusschen een maximum en een minimum wordt gelaten: „celui qui ... (volgt omschrijving van het misdrijf)... sera puni de mort"... „seront puni de la peine de vingt ans de gêne"... „sera puni de la peine de vingt ans de gêne"... „sera puni de la peine de deux ans de détention"... „la peine sera de quatre années de fers"... en zoo voort.

Zoo wordt met bewustzijn en opzet, en met een noodwendige reactie tegen het voorafgaand tijdperk van ruwe, ondoordachte en onethische willekeur, de concrete verscheidenheid aan de abstracte „rechtszekerheid" opgeofferd. Inderdaad: „tout l'arbitraire cesse"; maar met den Code Pénal van 1791 en de hem volgende wetboeken, hoewel bij die laatste in verzachten vorm, is, evenals in het oude compositie-stelsel, het strafrecht weer geworden tot het „System der festen Preise", de straf tot „le risque du délit" [2]). De Rechten der Persoonlijkheid worden beschermd, maar op formeele, externe wijze. —

— In zekeren zin vormt deze Code Pénal, méér nog dan indertijd de Carolina deed, de betrekkelijke krystallisatie van een voorafgegane ontwikkeling, de betrekkelijke afsluiting van een voorafgegaan tijdperk. Terugziende naar het oud-Germaansche Strafrecht, blijkt ons nu het strafrecht geheel publiek-recht te zijn geworden; de actie tot

1) Code Pénal 1791, Première Partie, Titre VII, art. 13.
2) Vergelijk SALEILLES, l'Individualisation de la Peine, p. 34.

vergoeding der door den individueelen gelaedeerde geleden schade is van de strafactie geheel losgemaakt en wordt tot het privaatrecht gerekend. „Tout délit donne essentiellement lieu à une action publique. — Il peut aussi en résulter une action privée ou civile. — L'action publique a pour objet de punir les atteintes portées à l'ordre social. — L'action civile a pour objet la réparation du dommage que le délit a causé" [1]). Ook in dit opzicht dus staat het einde der 18de eeuw in het teeken der differentiatie; publiekrecht en privaatrecht worden, evenals in het algemeen gemeenschap en enkeling, niet alleen onderscheiden, (hetgeen vóór de middeleeuwen nog nauwelijks gebeurde), maar uiteengehouden. De belangen van den enkeling worden nog niet sociaal opgevat, maar het algemeen belang gaat vóór bij het individueel belang. Zóó als in het contrat social de gemeenschap niets anders is dan de som harer leden, zoo wordt ook het sociale niet gedacht in de verhoudingen der enkelingen, maar wordt aan de belangen der gemeenschap een afzonderlijk terrein aangewezen. Zoo vormt zich het — ondanks eenige wijzigingen nòg geldende — systeem der wetboeken van strafrecht met hun vooropstelling der misdrijven tegen staat en gemeenschap en hun gebrek aan sociaal gevoel in de uitwerking der onderdeelen.

Oudtijds stond de schade door den enkeling geleden op den voorgrond, thans die der gemeenschap. Met dat al is het bedreven feit hoofdzaak gebleven; de strafrechtelijke indeeling van den C. P. is er niet een in verschillende groepen van misdadigers, maar in verschillende groepen van misdaden, wanbedrijven en overtredingen; de te nemen maatregelen

1) Code des Delits et des Peines (an IV), Dispositions Préliminaires, art. 4—6.

worden niet naar den aard van den schuldige, maar naar den aard van het gepleegde feit bepaald. Ook hier heeft, ondanks de schijnbaar zoo groote kloof, het strafrecht meer een uiterlijke dan een innerlijke verandering ondergaan; we vinden ook hier: ouden wijn in nieuwe vaten: de zwaarte der straf wordt niet meer bepaald naar gelang van nationaliteit en stand van den gelaedeerde, maar naar de rangorde van het getroffen belang in het systeem der te beschermen rechtsgoederen.

— De afmeting van de zwaarte der daden aan elkander, waarnaar het compositie-stelsel op primitieve wijze had gestreefd, en die in de willekeur der 16de en 17de eeuw weer was teloor gegaan, is in den Code Pénal hersteld; en uitteraard wordt dat schema beheerscht door de 18de eeuwsche waardeering der rechtsgoederen, dus door de 18de eeuwsche vooropstelling van „le bien public". De zwaarte der straffen wordt aan elkander afgemeten in verhouding tot de rangorde der misdrijven; maar het strafstelsel is arm en gebrekkig — zooals van een eerste wetboek niet anders te verwachten was — en dientengevolge is er geen sprake van, dat, in dieperen zin, „chaque peine est tirée de la nature particulière du crime".

Nog veel minder dan aan de gevaarlijkheid van den dader wordt er aandacht gegeven aan zijn gezindheid en schuldmate. Het strafrecht van den C. P. van 1791 is nu eenmaal geheel objectief —; met een zéér enkele uitzondering [1]) wordt alleen op het gevolg gelet. Het toebrengen van schade is strafbaar — thans wel niet meer onverschillig hoe de geestvermogens van den dader zijn, zooals vóór het Frankische Koninkrijk; maar: thans wordt in abstracto een gelijke normale geestestoestand van allen

1) B. v. het erkennen van gevallen van meurtre excusable.

aangenomen — behoudens een „tegenbewijs" dat civielrechtelijk gedacht is. Hier, evenals in de geheele wijze van systematiseering van den Code Pénal, vinden we nog duidelijke Romeinsch-rechtelijke invloeden. Ook de intentie en de schuld die de wetgeving van dien tijd eischt[1]), zijn de Romeinsche, abstracte intentie en schuld, „de misdadige wil", die in allerlei formeele soorten (dolus directus en indirectus, dolus premeditatus en repentinus enz. enz.) onderscheiden wordt.

Vergelijken we ten slotte de verhouding van de wet tot zede en volksrechtsbewustzijn ten tijde der codificatie met die in vroeger eeuwen, dan zien we, hoe meer en meer de strafwet heeft gekregen het autoritatieve karakter, dat zich voor het eerst duidelijk uitte in de capitularia der Frankische koningen: de strafwet wordt meer en meer bedreiging ter afschrikking van ongehoorzame onderdanen. Meer en meer wordt zij daardoor in dienst gesteld van de bedoelingen der overheid, meer en meer vervreemdt zij van de in het volk levende moraal. Reeds in opzet en stijl komt dit uit: men vergelijke de Algemeene Bepalingen onzer tegenwoordige wetboeken met den volkstümlich-gemoedelijken aanhef van Sachsenspiegel en Schwabenspiegel over God's wil, dat de menschen in „fride" leven! — Met de codificatie wordt, in de zelfoverschatting van de nu voor het eerst een Geheel vormende wetgeving, alle gewoonterecht uitgebannen, alle wording en verwording van het recht voor de toekomst alleen geoorloofd langs den weg van uitdrukkelijke wetswijziging. Evenwel, de gewoonte is sterker geweest óók dan deze wetsbepaling: zij heeft hare macht getoond in het onbewust veranderen der rechterlijke interpretatie, die, zij het ook

---

1) B. v. Décret du 14 vendémiaire an III, portant que la question relative à l'intention sera portée à l'avenir dans toutes les affaires soumises à des jurés de jugement.

langzaam, de voortgangen in het volksrechtsbewustzijn is gevolgd.

— — Zoo blijkt het strafrecht van den Code Pénal van 1791 in al deze opzichten de lijnrechte voorlooper van ons geldend strafrecht. Want het essentiëele der Aufklärungsbeweging op het gebied van het strafrecht is niet, zooals Günther [1]) meent, een soortgelijke beweging als de tegenwoordige Nieuwe Richting van 1880 te zijn. Met deze heeft ze alleen gemeen de eigenschappen van alle hervormingstijden: het idealisme, het vertrouwen nu eens voor al de waarheid gevonden te hebben, de minachting voor het verleden, enz. De hervormingsbeweging der 18de eeuw is juist het beginpunt der classieke en neo-classieke richting [2]); op háár beginselen — zij het ook ietwat verzwakt zooals alle beginsel dat in practijk moet worden gebracht — is de codificatie opgebouwd, waar t e g e n thans de nieuwe richting opkomt. In hoe groote mate onze moderne strafwetboeken tot den C. P. van 1791 staan in de verhouding van epigonen, wordt duidelijk, wanneer men eenerzijds dien Code vergelijkt met het voorafgaande strafrecht, anderzijds met het thans geldende wettenrecht. Dan blijkt het, dat alle hoofdbeginselen onzer wetboeken, die aan de thans levende generatie als bijna vanzelfsprekende grondrechten voorkomen, teruggaan op het Revolutionaire en Encyclopédistische Strafrecht.

Het zijn derhalve de gedachtengangen der Aufklärung, waarop het officiëele strafrecht der 19de eeuw is gegrond geweest en heeft voortgebouwd.

---

1) Idee der Wiedervergeltung II, p. VII. In gelijken zin MERKEL, Vergeltungsidee u. Zweckgedanke im Strafrecht, p. 3—6.

2) In dienzelfden zin ook SALEILLES, l'Individualisation de la Peine, p. 50, en BEROLZHEIMER, System d. Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie, V. Band, Vorwort: „Die Theorie des Strafrechts ist heute noch wesentlich vom Naturrecht beherrscht. . . .” enz.

Dat doorloopt dan natuurlijk dezelfde phasen die ieder ideeëncomplex van een maatschappij doorloopt: op zijn jeugd-stadium in de 18de eeuw volgt het tijdvak van arrivisme in de 19de, totdat tenslotte, wat eens zelve vooruitstrevende groep was, als reactionair optreedt tegenover later gekomen jongere stroomingen.

In den tusschentijd blijft het gecodificeerde Strafrecht natuurlijk niet onveranderd. Geen conservatieve groep, geen ideeëncomplex uit een vroeger tijdvak is ooit zoo afgescheiden van de algemeene cultuurontwikkeling, dat het er geen invloed van zou ondervinden. Tal van modernere elementen worden dan ook in den loop der 19de eeuw in de strafwetgeving opgenomen en geassimileerd. Allereerst zijn daar de in den C. P. van 1810 tot uiting komende invloeden der Napoleontische wetgeving, met haar zeer sterk op den voorgrond stellen van staat en ambtenaren, gedeeltelijk ook met grooter hardheid tegenover den veroordeelde dan de C. P. van 1791 had gekend. Dan volgen in de eerste driekwart der 19de eeuw al de bekende wijzigingen in de Fransche, Duitsche en Nederlandsche strafwetboeken, die een verzachting van strafmaat en strafvoltrekking, of wel een belangrijke herstelling der rechterlijke vrijheid ten doel hebben. Ook begint zich hier en daar schuchter te vertoonen een beinvloeding door een nieuweren geest in individueel-humane en sociaal-voorzorgende richting.

Maar dit alles is geënt op een ouden stam; opbouw en grondgedachten der strafwetboeken zijn dezelfde gebleven. Géén wetgever op het vasteland van Europa heeft totnogtoe daarmee gebroken. Alleen ontwerpen wijzen in een andere richting.

— — De negentiende eeuw vertoont dus op het gebied van het strafrecht twee tegengesteld verloopende en tòch gelijktijdige ontwikkelingen. Ten eerste de langzame vast-

wording en conservatief-wording der 18de eeuwsche strooming. Deze begint langzamerhand al de kenmerken te vertoonen van een „gearriveerde" richting. Men kan nauwelijks een strafrechtelijk geschrift van algemeenen aard uit die jaren (tot omstreeks 1880) opslaan, zonder dat men er uitdrukkelijk in vindt uitgesproken den trots „wie wir es doch so herrlich weit gebracht." Met dit verstarren van wat eenmaal blijde hervormingsmoed geweest was, gaat evenwel, zooals meestal, tevens een zekere verdieping, een wetenschappelijk-worden, samen. Met beide eigenschappen, het hoogmoedige conservatisme èn de wetenschappelijke degelijkheid, die ten slotte óók een bepaalden vorm van arrivisme vertegenwoordigt [1]), richt zij zich dan in de tachtiger jaren fel afwijzend tegen de „nieuwe richting in het strafrecht."

— Daarnaast zijn in den loop der 19de eeuw de factoren wordende voor eene n i e u w e crisis in het strafbegrip. Het duurt tientallen van jaren eer zij zich op dàt gebied uiten; zij zijn van zeer verscheiden en veelzijdigen aard. Men kan ze tezamenvatten als àl die tendensen, welke niet de ondergaande 18de eeuwsche cultuur verder uitwerken, maar behooren tot die geheel andere wending van geestesleven, die de jonge, krachtige stroomingen in de 19de eeuw de kenmerken doet vertoonen van wederom een nieuwe aera in de cultuurgeschiedenis te hebben ingeleid. Het elkander onderling bestrijden dier nieuwe richtingen doet er niets toe; socialisme en Nietzscheanisme, modernisme, theosophie en neo-Calvinisme, materialisme en mysticisme, realistisch proza en subjectivistische lyriek zijn

1) Inzooverre zij niet vol interesse tegenover iedere nieuwe mogelijkheid staat, maar iedere theorie, iedere wetenschaps-opvatting die nog niet door den tijd geijkt is, of die nieuwe gebieden bestrijkt, a priori als niet-in-aanmerking-komend afwijst. Dit is een oude geschiedenis, die zich ten allen tijde en in elk vak van wetenschap herhaalt.

gelijkelijk typisch 19de eeuwsche verschijnselen. Van sommige 19de eeuwsche stroomingen — b. v. de natuurwetenschappelijke en de sociale richtingen — is een duidelijke invloed op het kenteren der opvattingen omtrent criminaliteit en straf aanwijsbaar; andere hangen er alleen inzooverre mee samen, als zij als kinderen van denzelfden tijdgeest ook die nieuwe straftheorieën beter doen verstaan.

Op de grens van oud en nieuw nu staat wat men noemt de klassieke Duitsche wijsbegeerte. Voor een zeer groot deel behoort zij tot „het oudere", en staat de officiëele theorie der 19de eeuw onder haar ban, gelijk de wetgeving en de practijk dit deed onder dien van de Aufklärung en de daaruit voortgekomen Revolutionaire en Napoleontische wetgeving. Maar daarnaast heeft zij in menig opzicht veel ingehouden, wat zich tot moderne theorie ontwikkeld heeft.

De invloed dier philosophie op de practijk in engeren zin is gering geweest. De eenige strafrechtstheorie van dien tijd, die invloed geoefend heeft op de wetgevingsbeginselen, is die van Feuerbach; en hij is tot de eigenlijke philosophen niet te rekenen. Ook staat zijn leer van den psychologischen dwang nog grootendeels in het teeken der Aufklärung.

De directe invloed der klassieke philosophen op de practijk is gering geweest; maar waar hun beschouwingen gaven het diepere begrip van wat reeds positief recht was, daar hebben zij, juist als openbarende dat diepere wezen ervan, vele van de grondbeginselen van het toenmalige strafrecht gesanctioneerd en verheven tot iets, wat aan de volgende generaties ònaantastbaar, en waarvan een eventueele aantasting on-wijs moest schijnen. — Zoo is het begrijpelijk, dat, ondanks het feit, dat deze philosophie zoovele nieuwe kiemen bracht, hare leerstukken op het

gebied van economie, van privaatrecht, van strafrecht later als bolwerken van behoud gebruikt zijn. Want het nieuwe, het 19de eeuwsche, in deze philosophie uitte zich niet of nauwelijks bij de behandeling dier maatschappelijke vragen zelve; op dàt gebied was wat zij bracht hoofdzakelijk systeem en begrip van het op dàt tijdstip, en uitsluitend in Europa, geldende.

In verhouding tot de aan haar voorafgegane stroomingen is de classieke philosophie te beschouwen eenerzijds als overwinning van, afrekening met het natuurrecht, anderzijds nog in sterke mate als voortzetting en verdieping daarvan.

Overwonnen heeft zij het natuurrecht inzooverre het — soms betrekkelijk platte — utilisme daarvan is opgeheven tot inzicht in de meer innerlijke verhouding van schuld en straf. In de wenteling der dingen komen we hier dus, nadat het strafrecht in de tusschentijden „wereldlijk" is geweest, voor de derde maal terug tot het gronden der straf op innerlijke noodzakelijkheid [1]). Doel- en vergeldingsstraf wisselen, maar geen dier beiden is constant, is steeds aan zich zelve gelijk: zoo als de doelstraf der Frankische koningen een andere is dan die der 17de eeuwsche rechters en deze weer een geheele andere dan die de tegenwoordige nieuwe richting wenscht toe te passen, zoo is ook de primitieve vergeldingsstraf uit den tijd, dat religie, zede en strafrecht nog nauwelijks onderscheiden werden, een andere dan de expiatie wegens zonde van het Kanonieke Recht, en deze weer een andere dan de straf

1) Daarbij dient natuurlijk niet uit het oog te worden verloren, dat nooit eenig tijdperk hetzij absoluut utilistisch, hetzij absoluut metaphysisch of religieus kan zijn; ook aan de doelstraf zijn factoren van zedelijke verontwaardiging, en aan de vergeldingsstraf nuttigheidsoverwegingen nooit gehéél vreemd geweest.

ter voldoening aan een logischen gerechtigheidseisch der classieke wijsbegeerte. Het strafbegrip heeft zich niet, zooals von Liszt stelt [1]), geëvolueerd van dat van òndoelmatige wraak- en vergeldingsreactie tot dat van bewusten doel-maatregel; maar in hoogere èn lagere cultuur vinden wij beide strafbegrippen beurtelings of gelijktijdig; — wat zich evolueert, is beider diepte, logica, humaniteit; en verder wisselen al hun eigenschappen in verband met het algemeene karakter der tijden waarin zij optreden.

De classieke philosophie staat in het bloeitijdperk van het abstract-theoretiseerende denken. Haar vergeldingsleer draagt er den stempel van. In vergelijking met de Aufklärung uit zich in de idealistische philosophie een nieuwe gedachtenspheer, voorzoover we hier niet, zooals bij de Encyclopédisten, algemeen-gehouden, met gevoel aangedane bespiegelingen vinden, maar stricte, zuivere, inconciliante, volkomen afgetrokken wijsbegeerte. Het is de tijd der monumentale, gesloten philosophische systemen; het hun zoo vaak verweten overwegend deductief karakter hangt met die grootschheid van opbouw samen: alle levens- en geestes-verschijnselen worden in één orde gebracht. De philosophie van het begin der 19de eeuw verhoudt zich in hoofdzaak niet afwachtend en opnemend, maar beheerschend tegenover de verschijnselen rondom haar. Deze philosophie is classiek in den vollen zin des woords: strak en streng en monumentaal; men ademt hier in ijle hoogtelucht. Was de leer van het natuurrecht reeds abstract inzooverre zij uitging van het begrip, en de werkelijkheid daaraan toetste, bij de Duitsche classieke philosophie wordt deze abstractie systematischer, verhevener, starrer.

Men zou in het algemeen kunnen zeggen, dat de ab-

---

1) Der Zweckgedanke im Strafrecht. In Zeitschr. III (1883) spec. p. 1—23.

s t r a c t i e der Aufklärung in de idealistische philosophie nog niet overwonnen is, maar dat, terwijl het der Aufklärung in hoofdzaak te doen was om de rechten van den mensch tegenover de zichtbare wereld, de transcendentale [1]) wijsbegeerte haar geheele aandacht geeft aan de idee, die zich in deze wereld openbaart. Dit bepaalt mede, wat beide op het gebied van het strafrecht gemeen hebben en wat niet.

Gemeen hebben zij het grondbeginsel van het Revolutionaire strafrecht: de abstracte opvatting over en eerbiediging van de menschelijke persoonlijkheid, de abstracte en daarom algeméène formuleering van de maatschappelijke verhoudingen van den mensch. Evenals de Fransche Aufklärung sprak van „la Vertu", van „la Loi", van „les Droits de l'Homme et du Citoyen", zoo beschouwt ook de classieke wijsbegeerte „den Mensch", „de Persoonlijkheid" als abstractum. Wèl onderscheidt Hegel het a b s t r a c t e r e c h t, waarin van den aard der persoonlijkheid van den enkeling nog geen sprake is, — de m o r a a l, waarin de psychische eigenaard overheerscht, — en de z e d e l ij k h e i d, waarin de enkeling het met de algemeene normen „eens" is geworden; — wèl behandelt hij het strafreeht niet alleen in dat eerste deel der Rechtsphilosophie [2]), maar óók in het laatste [3]), en dáár in verband met de strafdoeleinden; maar dit alles neemt niet weg dat, al onderscheidt hij dus (**in abstracto**!) zelve de abstracte en concrete beschouwingswijze, de geheele s t ij l van behandeling a b s t r a c t i s. De belangstelling, de aandacht der philosophie van dien tijd is niet voor den concreten mensch en is niet voor de problemen van den concreten mensch.

---

1) Dit woord hier niet in zijn technischen zin gebruikt, maar om het niet-practische, boven-wereldlijke karakter dier philosophie aan te duiden.
2) § 82 vlgg.
3) § 218 vlgg.

Vandaar, dat de sociaal-philosophie dier tijden met de Fransche Aufklärung gemeen heeft de leer van de vrije persoonlijkheid, die geëerbiedigd moet worden.

Maar waar de idealistische philosophie al deze dingen dieper, innerlijker vatte dan de Aufklärung deed, daar richt zich juist deze eerbiediging der persoonlijkheid tegen de doelstraf, zooals die door Beccaria en de Encyclopédisten was gepredikt; daar werkt zij in de hand een vergeldingstheorie zoo onaantastbaar en onbuigzaam, als zij nergens eerder is verkondigd. In zijn scherpsten vorm vinden we deze absolute straftheorie in de bekende woorden van Kant: „Richterliche Strafe ..... kann niemals bloss als Mittel, ein anderes Gute zu befördern, für den Verbrecher selbst, oder für die bürgerliche Gesellschaft, sondern muss jederzeit nur darum wider ihn verhängt werden, weil er verbrochen hat; denn der Mensch kann nie bloss als Mittel zu den Absichten eines Anderen gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden, wowider ihn seine angebohrne Persönlichkeit schützt..... Das Strafgesetz ist ein categorischer Imperativ, und, wehe dem! welcher die Schlangenwindungen der Glückseligkeitslehre durchkriecht, um etwas auszufinden, was durch den Vortheil, den es verspricht, ihn von der Strafe, oder auch nur in einem Grade derselben entbinde, nach dem pharisäischen Wahlspruch: „es ist besser, dass ein Mensch sterbe, als dass das ganze Volk verderbe"; denn, wenn die Gerechtichkeit untergeht, so hat es keinen Werth mehr, dass Menschen auf Erden leben" [1]). En:... „selbst, wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller

---

1) KANT, Metaphys. Anfangsgründe der Rechtslehre, uitg. van 1798, p. 226—227.

Glieder Einstimmung auflösete.... müsste der letzte im Gefängniss befindliche Mörder vorher hingerichtet werden, damit jedermann das widerfahre, was seine Thaten werth sind, und die Blutschuld nicht auf dem Volke hafte, das auf diese Bestrafung nicht gedrungen hat; weil es als Theilnehmer an dieser öffentlichen Verletzung der Gerechtigkeit betrachtet werden kann." [1]) En: „So viele also der Mörder sind, die den Mord verübt, oder auch befohlen, oder dazu mitgewirkt haben, so viele müssen auch den Tod leiden; so will es die Gerechtigkeit als Idee der richterlichen Gewalt nach allgemeinen a priori begründeten Gesetzen." [2])

En de leer van de proportionaliteit, die zóózeer samenhing met de individueele-vrijheids-opvattingen van den tijd, dat zij zelfs bij de relativisten en utilisten der Aufklärung reeds was opgetreden, is aan deze vergeldingsleer essentiëel verbonden — en ontwikkelt zich met haar.

Kant denkt de proportionaliteit nog op de wijze der talio: „Welche Art aber und welcher Grad der Bestrafung ist es, welche die öffentliche Gerechtigkeit sich zum Princip und Richtmasse macht? Kein anderes, als das Princip der Gleichheit (im Stande des Züngleins an der Waage der Gerechtigkeit) sich nicht mehr auf die eine, als auf die andere Seite hinzuneigen. Also: was für unverschuldetes Uebel du einem Anderen im Volke zufügst, das thust du dir selbst an. Beschimpfst du ihn, so beschimpfst du dich selbst; bestiehlst du ihn, so bestiehlst du dich selbst; schlägst du ihn, so schlägst du dich selbst; tödtest du ihn, so tödtest du dich selbst. Nur das Wiedervergeltungsrecht (jus talionis) ...... kann die

1) Ibid. p. 229.

2) Ibid. p. 231. Alleen in hoogst enkele uitzonderingsgevallen laat Kant een verzachting langs den weg van gratie toe.

Qualität und Quantität der Strafe bestimmt angeben; alle anderen sind hin und her schwankend" [1]).

Dan, bij Hegel verschijnt de vergeldings- en de proportionaliteitsgedachte in meer verinnerlijkten vorm: in den eisch van gelijkwaardigheid van misdrijf en straf: „Das Aufheben des Verbrechens ist insofern Wiedergeltung, als sie dem Begriffe nach Verletzung der Verletzung ist und dem Daseyn nach das Verbrechen einen bestimmten, qualitativen und quantitativen Umfang, hiermit auch dessen Negation als Daseyn einen eben solchen hat. Diese auf dem Begriffe beruhende Identität ist aber nicht die Gleichheit in der specifischen, sondern in der an sich seyenden Beschaffenheit der Verletzung — nach dem Werthe derselben...." ..... „Die innere Identität ist es, die am äusserlichen Daseyn sich für den Verstand [2]) als Gleichheit reflektirt." [3])

— Van hier zijn het nog maar weinige stappen verder tot een opvatting omtrent schuld en straf, waarbij de gezindheid van den individueelen dader — een factor, waarmede stééds, zelfs door Kant [4]) in éénige mate is rekening gehouden — op den voorgrond komt.

In Hegel's tijd kan daarvan echter nog geen sprake zijn: en wel in verband met de phase, waarin de opvattingen omtrent de Persoonlijkheid, haar rechten, haar vrijheid, en de voorwaarden waaronder die kunnen worden aangetast, verkeeren.

De Aufklärung had, in reactie tegen de ongeordendheid

1) Ibid. p. 227.

2) In tegenstelling tot „Vernunft".

3) HEGEL, Grundlinien der Philos. des Rechts; § 101. Zie verder dien geheelen paragraaph met Zusatz over de vraag der evenredigheid van straf en misdrijf.

4) KANT, Metaphys. Anfangsgr. p. 230.

en willekeur en dwang-van-boven van het voorfgegane tijdperk, gebracht de leer van het onaantastbare recht van den enkeling om niet meer te dulden dan waarin deze zelf — quasi bij verdrag (contrat social) — had toegestemd; deze vrijheid was voor alle burgers gelijk: overwonnen was grootendeels de onderscheiding der menschen naar standen, dus naar uitwendige criteria; maar aan een verdiepen in de individueele verschillen, in den individueelen eigenaard der „burgers" kwam men voorloopig nog niet toe, waar immers, in begrijpelijken terugslag op wat voorafgegaan was, de geheele geest van het laatste kwart der 18de eeuw in Frankrijk — ook in litteratuur en architectuur b.v.! — abstract-algemeen is bij het leege af. In de economische theorie zegeviert dientengevolge de leer van den vrijhandel en van de beperking der staatsinmenging, in het strafrecht de leer van de gebondenheid van den rechter aan de wet, en van de wet aan de evenredigheid tusschen het objectief waarneembare feit en de straf; — want dàn brengt het onrecht zelve a. h. w. zijn straf mee, „et ce n'est point l'homme qui fait violence à l'homme."

Bij de classieke philosophie is dat alles nog algemeener geworden. De leer van het maatschappelijk verdrag wordt door Kant en Fichte nog wel aanvaard, maar door beiden op verschillende wijze vervluchtigd: door Kant, doordien hij het maatschappelijk verdrag niet meer als historisch feit, maar als ratio van de verhouding tusschen enkeling en staat aanneemt, als plaats hebbend in de wereld der noumena en niet der phainomena; door Fichte, waar hij, van de opvatting der gemeenschap als de som der enkelingen, later komt tot het begrip van de „Allheit" [1]; en door

1) FICHTE, Grundlagen des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre, (1797), IIter Theil, § 17.

Hegel wordt de leer van het contrat social geheel verlaten. Maar de eerbied voor de Persoonlijkheid blijft. En, wat Montesquieu zag voor iedere straf die waarlijk in verband stond tot het voorafgegane feit — n. l. dat het volgen van straf op misdrijf dan a. h. w. buiten- of bovenmenschelijk is — dat vinden we bij Hegel verdiept en veralgemeend tot de verhouding van misdrijf en straf als zoodanig. In het Onrecht staat de enkeling òp tegen het algemeene recht, verloochent het wezen daarvan, negeert het; „die Wahrheit dieses Scheins aber ist, dass er nichtig ist und dass das Recht durch das Negiren dieser seiner Negation sich wieder herstellt.... [1])" Misdrijf en straf zijn zoo dialectisch onmisbare bestanddeelen van het levende recht; eerst doordat dit zich aan zijn negatie bestendigt, wordt het „werkelijk" en „geldend" recht. De verhouding van misdrijf en straf is er zoo niet eene van utiliteit; zij behooren innerlijk noodzakelijk bijeen. Tegen Hugo de Groot wendt Hegel zich, waar hij in de straf niet vóór alles een „kwaad" ziet: ... „Es ist.... weder bloss um ein Übel, noch um dies oder jenes Gute zu thun, sondern es handelt sich bestimmt um Unrecht und um Gerechtigkeit"... [2]) en „(Es) ist die eigene That, die sich geltend macht". [3]) — En verwant aan Montesquieu's gedachte is het, dat Hegel hierin de groote eerbiediging ziet der persoonlijkheid óók van den misdadiger. Met een soort van juridische fictie stelt hij den delinquent als een mensch, die zijn handeling als uitvloeisel van een eigen wet tegenover de algemeene wet geplaatst heeft; en het is deze, zijn eigen, norm — van niet-erkenning van leven, eigendom, vrijheid enz. — die tegen hem geldend gemaakt

1) HEGEL, Grundlinien d. Philos. d. Rechts, § 82.
2) HEGEL, t. a. p. § 99.
3) Ibid. § 101.

wordt in de straf. „Dass die Strafe darin als sein eigenes Recht enthaltend angesehen wird, darin wird der Verbrecher als Vernünftiges geehrt. — Diese Ehre wird ihm nicht zu Theil, wenn aus seiner That selbst nicht der Begriff und Maasstab seiner Strafe genommen wird, — ebenso wenig auch, wenn er nur als schädliches Thier betrachtet wird, das unschädlich zu machen sey, oder in den Zwecken der Abschreckung und Besserung" [1]).

Het Recht der Persoonlijkheid dus — maar een nog inhoud-loos recht om als redelijk wezen erkend te worden, dat met de innerlijke behoeften en eischen van den concreten misdadiger geen rekening houdt. Reeds de 18de eeuw had eenigszins de aandacht van den gelaedeerde afgewend en op den delinquent laten vallen; de eenige wijze waarop men in dien eersten tijd eigen menschenrecht in hem meende te kunnen eerbiedigen, was door bescherming tegen willekeur. De classieke philosophie gaat dieper: in wezen is de straf vanzelve (dus descriptief gezien) een eerbiediging van den misdadiger als redelijk wezen: en verder behoort de mate der straf (normatief) zooveel mogelijk aan zijn daad aangepast te zijn, opdat hij niet tot werktuig ter bereiking van doeleinden verlaagd worde. Dit tezamen is de ontzaglijke vooruitgang tegenover het afschrikkingsstrafrecht der vorige eeuwen, dat verband hield met het gebrek aan individualisme èn aan democratie dier dagen: het overheerschen van de willekeur der enkelen over de niet in aanmerking genomen massa. Maar het eindpunt van de vrijwording der persoonlijkheid is hier nog lang niet bereikt.

Want zooals het laatste gedeelte der 19de eeuw bracht op het gebied der economie de nieuwe leer: Uw abstracte

---

1) Ibid. § 100.

vrijheid is schijnvrijheid, waarbij de economisch zwakke weerloos „vrij" wordt gelaten om te kiezen tusschen hongerdood of onbillijke arbeidsvoorwaarden; gelijk zij op het gebied van het feminisme bracht, inplaats van de abstracte gelijkheidseischen van Olympe de Gouges, Condorcet en Mary Wollstonecraft, het zoeken naar vrije ontplooiing en uiting van vrouwelijken aanleg [1]; gelijk zij op het gebied van het godsdienstig leven, in reactie tegen Aufklärung, agnosticisme èn materialisme, bracht een nieuwe herleving van religieus gevoel, maar nu met een streven naar vermijding van dogma en dwang; zooals de laatste helft of het laatste kwart der 19de eeuw op welk gebied men maar verder nog noemen wil brengt het zoeken naar innerlijke en inhoud-rijke vrijwording ter vervulling van de abstracte vrijheid die aan de geestelijke omwenteling der 18de eeuw te danken was; — zoo zou die tijd ook, langs velerlei omwegen, brengen een verinnerlijkte opvatting eenerzijds van het recht ook van den schuldigen en gevaarlijken enkeling om menschwaardig te worden behandeld, anderzijds van den samenhang tusschen enkeling en gemeenschap.

Want de verhouding tusschen enkeling en gemeenschap in den algemeenen geest van den tijd bepaalt op het gebied van het strafrecht de verhouding tusschen criminaliteit en staat.

In de oud-Germaansche maatschappij vonden we nog slechts geringe individueele differentiatie, sterk gentielverband, weinig overheidsgezag en dientengevolge geen noemenswaard probleem van een verhouding van enkeling en gemeenschap. Daarna zagen we die differentiatie langzamerhand toenemen, eerst in wisselwerking met het los-

---

1) Zie Dr. GERTRUD BÄUMER, Die Frau in der Kulturbewegung der Gegenwart, (1904) p. 7—13.

raken der oude gentiel-organisatie, met de splitsing volgens standen en beroepen, later met het leven in de steden, met het totale verschil in geestelijke atmospheer dat in een gecompliceerde maatschappij de vele groepen aan elkander geheel vreemd doet zijn. Terwijl toch de eenheid in al die veelheid blijft, ja met stijgende cultuur zelfs in diepte toeneemt; en terwijl zich nu ook over al die uiteenloopende deelen een sterker, centraler overheidsgezag gaat vormen. — Zoo is dan in den na-primitieven tijd vanzelve gegeven een klimmende moeilijkheid: overweegt het atomistische, het recht der enkelingen, òf valt het zwaartepunt op gemeenschapsbelang en staatsgezag? En afwisselend overwinnen beide stroomingen; maar in iederen tijd is nuance en formuleering van het conflict verschillend.

Wij zagen de reflectie dezer ontwikkeling op het gebied van het strafrecht: hoe er in den beginne nauwelijks overheidsbemoeiïng was met wat men zou kunnen noemen de „criminaliteit" dier dagen, maar wèl absolute gebondenheid van den enkeling aan de voorvaderlijke conventies en normen, zich uitende in rechtsspreuken en in strenge vormvereischten bij iedere rechtshandeling. Hoe daarna, met het opkomen van den territorialen staat, optreedt de bevelende overheid tegenover den onderdaan die haar te „gehoorzamen" heeft; hoe dat zich gelijkelijk richt tegen delinquent en gelaedeerde, daar den eerste zijn positie van gelijke in het proces, den laatste zijn macht van eigengerechtigden wreker ontnomen wordt. En niet alleen dat; met de steeds grooter wordende differentiatie der verschillende volksgroepen vertegenwoordigt de overheid minder en minder het rechtsbewustzijn van het geheele volk, het rechtsbewustzijn dat oorspronkelijk dat van allen gelijkelijk was; het bestuur der overheid is niet meer de eenvoudige weerspiegeling van oude volksopvattingen: zij

vertegenwoordigt een bepaalde groep, die als zoodanig bewust optreedt tegenover de andere, en zoo wetten uitvaardigt, die niet zijn de opteekening van vroegere gewoonte-regels, maar maatregelen uitgevaardigd met het doel, de volksopvatting omtrent recht en onrecht te influenceeren. Daarbij is gedurende vele eeuwen de overheid nauwelijks gebonden; vooral in de tijden der absolute monarchieën staat het staatsgezag eenvoudig antithetisch tegenover de onderdanen, en bemoeit zich met al hun aangelegenheden op de wijze der willekeur. In reactie daartegen stelt zich in de leer van het contrat social en in de classieke economie de enkeling antithetisch tegenover den staat: dezen worden niet meer rechten toegekend dan hem uitdrukkelijk zijn afgestaan. Ook de ratio der staatsmacht is daarmee gewijzigd: werd die oorspronkelijk gezocht in de goddelijke instelling, in de leer van het contrat social wordt zij in den wil der enkelingen gezien, door en voor wie de staat ontstaan is.

Bij de classieke philosophen nu nemen wij wederom een verschuiving zoowel van ratio als grenzen der staatsmacht waar.

Bij Kant, Hegel en Stahl heeft de staat niet meer een afgeleid bestaansrecht, maar heeft waarde en bestaansrecht uitzichzelve.

Het tijdelijke gevolg van hunne theorieën in dezen is geweest: hunne tevens absolute strafopvatting, hun vestiging van het jus puniendi van den staat niet op doeloverwegingen.

Maar een verder reikende beteekenis ervan is, dat hiermee weder theoretisch het recht van den staat tot een veel verder gaand ingrijpen in maatschappelijke verhoudingen en in de rechten der enkelingen werd gefundeerd. En steeds duidelijker wordt dit, waar zich Kant's rechts-

staat evolveert tot Hegel's en Fichte's cultuurstaat [1]), tot den staat, die te verwezenlijken heeft de opvoeding zijner burgers tot hoogere cultuur.

— In de 19de eeuw kunnen wij dus twee parallelstroomingen opmerken: eene, die zich richt op een innerlijker opvatting van het recht der persoonlijkheid, en eene, die de staatstaak socialer wil doen opvatten. Beide bewegingen vertegenwoordigen dus een overwegend concrete richting, en geraken daardoor vanzelf in botsing met de nog overlevende 18de eeuwsche geestesgesteldheid. Zij vormen den achtergrond van het zich op strafrechtelijk terrein voordoend streven naar een goed individualiseerende speciale preventie, en tevens naar doorgevoerde staatsinmenging ter bestrijding en voorkoming van criminaliteit.

En zoo blijkt dus dat, al ligt in Aufklärung en classieke philosophie eenerzijds, voorzoover zij begrenzing der Staatsmacht in haar maatregelen tegen misdadigers, en bepaling van de mate der straf in verhouding naar het gepleegde feit leerden, het grondbeginsel der latere „neo-classieke" richting [2]), — anderzijds toch ook in die philosophie reeds schuilt het begin van haar einde: de kiem zelve voor de leer van het ethische staatsdoel en van de staatsinmenging, die in de Nieuwe Richting in het Strafrecht zoo duidelijk naar voren treedt.

---

1) Dr. MAX SALOMON, Kants Strafrecht in Beziehung zu seinem Staatsrecht, in Zeitschr. f. d. ges. Strafr.wiss. XXXIII, speciaal p. 18 en 34; ZIEGLER, Die geistigen und socialen Strömungen des 19. Jahrhunderts, p. 136—137 over de „Kulturmission des Staates" bij de classieke philosophen; Dr. GERTRUD BÄUMER, Die soziale Idee in den Weltanschauungen des 19. Jahrh., p. 165: „In der Umformung seines Staatsgedankens durch die Gesellschaftsidee hat Fichte den Individualismus überwunden, von dem er ausging".

2) Zoo noemt Saleilles haar, ter onderscheiding van de eigenlijke classieke strafopvattingen uit het begin der eeuw. Zijzelve noemt zich somtijds nog de classieke richting, verwerpt echter dikwijls ook dien naam.

— — Maar het belang van de classieke philosophen voor de ontwikkeling van het 19de eeuwsche strafbegrip is geenszins uitgeput met wat zij over staat en straf hebben geleerd. Dieper nog dan het belang van de uitdrukkelijke opvattingen over deze vraagstukken zelve, is dat van de algemeene denkwijze ten opzichte van de fundeering van alle maatschappelijke instellingen.

Hiervoor moeten we in het oog houden, dat er op het einde der 18de en het begin der 19de eeuw te onderkennen zijn drie groote stroomingen: de eindigende Aufklärung, het bloeiend Classicisme en de beginnende Romantiek [1]).

Aufklärung en classisisme hadden dit gemeen, dat zij ratio en wezen der menschelijke instellingen als absoluut opvatten [2]). Het rationalisme der Aufklärung was bij uitstek onhistorisch; de transcendentale philosophie van Kant was óók onhistorisch; en in de lijn van de onhistorische en anti-historische rechtsphilosophen, die geen betrekkelijke geldigheid van rechten en plichten erkennen, moet ook de latere Stahl worden genoemd.

Maar in fellen terugslag op dit losmaken der instellingen van hun wording, en op dit objectivisme, komt de Romantiek op, vol subjectivisme, vol toewijdende verdieping in het verleden, vol interesse in het historische worden. Slechts zelden was in de 18de eeuw een stem in die richting gehoord; ééns weliswaar reeds merkwaardig zuiver: in Herder. Thans wordt dit tot algemeene tijdsstrooming, die zich natuurlijk ook in de philosophie spiegelt: Schelling staat middenin de romantiek.

---

1) In denzelfden zin ZIEGLER, die geistigen u. soc. Strömungen des 19. Jahrh. p. 13—57.

2) Alleen Fichte — die trouwens in zijn subjectivisme reeds meer naar romantische stroomingen overhelt — is te noemen als relativist, óók op strafrechtsgebied.

De voor de rechtsphilosophie belangrijke kentering evenwel komt niet in hem, maar in Hegel. Niet dat Hegel romanticus was; — verre van dien; in wezen behoort hij eerder tot de classieken; maar in hem zijn Aufklärung en classicisme overwonnen, voorzoover met hem begint de historisch-philosophische evolutie- en involutiegedachte, zooals die is uitgesproken in de Vorrede en de slothoofdstukken der Philosophie des Rechts, en toegepast in de Geschichte der Philosophie en in de Religionsphilosophie —: als gedachte van het noodwendig op elkander volgen van bepaalde tijdvakken, bepaalde phasen, parallel aan de categorieën der logica. Daarin ligt de kiem van de geheele 19de eeuwsche historisch-evolutionaire en sociologische rechtsbeschouwing, in al de verscheiden vormen waarin die zich later voordoet. De kiem: want bij Hegel en de eersten zijner volgelingen (Abegg enz.) is de geschiedbeschouwing nog overwegend deductief, gaat uit van de opeenvolging der historische tijdvakken zooals die volgens de categorieënleer zijn moest, en maakt van alle feitelijke gegevens slechts een illustratie van deze opeenvolging, die grootendeels a priori is aangenomen.

Maar bij Hegel moge dit nog vastgelegd zijn in de formule der identiteit van denken en zijn; en achteraf moge men aan dit van-te-voren interpreteeren der historische gegevens zijn overwegend deductief karakter en zijn nietachten van den rijkdom der verscheidenheid kunnen verwijten, zooals men dat zoo gaarne pleegt te doen —; belangrijker dan de vraag naar den vorm, waarin de ontwikkelingsgedachte het eerst gekleed was, is: dát zij toen geuit werd. De identiteitsleer heeft de ontzaglijke waarde gehad, het verwezenlijken van „de Idee" ook in de schijnbaar ideelooze opeenvolging der historische feiten te zien. De ontwikkelingsgeschiedenis der menschheid wordt als

„Realdialektik" opgevat: de hoofdmomenten van háár gang zijn parallel aan die welke het begrip in de logica doorloopt; [1]) — daarmee is, op de wijze en in den stijl der philosophie van dien tijd, gegeven de wetmatigheid van het historisch gebeuren en de ontwikkeling van lager tot hooger. Voor Hegel moge zich deze historische evolutie nog betrekkelijk schematisch op de wijze van den „Dreitakt", den dialectischen drieslag, verwezenlijken; — bij zijn volgelingen geraakt meer en meer de dialectisch-deductieve methode op den achtergrond, de historisch-inductieve op den voorgrond. Hegel's werk blijft het „die Kluft zwischen der Theorie und der Praxis, wie sie zu den Zeiten der Naturrechtslehre sich geöffnet hatte, mittels seiner dialektischen Methode, besonders seiner Geschichtsbetrachtung, überbrückt zu haben. Die von Hegel durch seinen Grundsatz: „was wirklich ist, das ist vernünftig" angebahnte Würdigung der Wirklichkeit war es, welche der Hegelschule als älterer Schwester ihren Platz neben der eigentlichen historischen Schule, welche den modernen Entwicklungsgedanken verwertete, bewahrte." [2])

---

1) Eigenaardig is, dat de gedachte der Realdialektik bij den modernen physioloog VERWORN op grond van natuurwetenschappelijk-psychologische onderzoekingen weer opduikt: „.... Diese Gedankenselektion ist für die Entwicklung des menschlichen Geistes der massgebende Faktor. Diese Gedankenselektion ist es, die unser logisches Denken erzeugt, d. h. eine Gedankenassoziation, die mit der Erfahrung im Einklang steht. So gewinnt die verblüffende Tatsache, dass die gleiche Gesetzmässigkeit im Geschehen der Aussenwelt, wie in unserem logischen Denken sich ausdrückt, ein geradezu selbstverständliches Ansehen. Unser logisches Denken hat sich im engsten Anschluss an das Geschehen in der Aussenwelt entwickelt und wird von der Aussenwelt andauernd weiter gezüchtet". (Die Entwicklung des menschlichen Geistes. p. 29—30). — Op zichzelve reeds is een vergelijking van Hegel's en Verworn's Realdialektik voor de ontwikkeling van den menschelijken geest van 19de tot 20ste eeuw interessant genoeg!

2) E. SULZ, Hegels philos. Begründung des Strafrechts und deren Ausbau in der deutschen Strafrechtswissenschaft; Inaug. Diss. Erlangen 1909, p. 72.

Kant had het natuurrecht en de Aufklärung overwonnen, voorzoover hij tegenover haar utilisme wederom den transcendentalen plicht-eisch stelde en daarmede aan den staat een hooger noodzakelijkheid, aan de straf een dieper wezen toekende. Maar bij Hegel vinden we reeds àndere elementen; ondanks natuurrechtelijke „Anklänge" in zijn privaatrecht (b.v. in het vooropstellen van den wil), ondanks een betrekkelijk transcendentaal-deductieven stijl van behandeling: Hegel's philosophie is dynamisch meer dan statisch: de evolutie-gedachte is de wijsbegeerte binnengekomen. „Unser Recht ist nur genetisch zu fassen. Das war das ungeheure Ergebnis Hegelschen Denkens; aber Hegel blieb in manchen Punkten im Naturrecht stecken, aus dem uns Nietzsche herausgeholfen hat" [1]). In afwijking van de vroegere meer anecdotale historiographie wordt hier, na Herder voor het eerst, een vergelijkende beschouwing gegeven omtrent de wetten volgens welke àlle volkeren zich ontwikkelen. Dat die beschouwing nog schematisch was, ligt èn in den geest van den tijd, èn aan het feit dat het hier een eerste begin gold.

Zoo lag in Hegel's leer, hoezeer deze ook voorloopster en grondslag der behoudende neo-classieke strafrechtsphilosophie is geweest, tevens de kiem van sociologisch-ethnologische onderzoekingen, en van het beschouwen van onrecht en straf in verband met de cultuur van hun tijd. En deze gedachte wordt sedert door honderd andere factoren in de hand gewerkt.

Allereerst door de Historische School, zelve vrucht van het interesse voor het verleden en het worden, dat de Romantiek gebracht had [2]). Wel heeft de historische school

1) KOHLER, Subjektivismus und Evolutionismus; in Zeitschr. für vergleichende Rechtswissenschaft XXVII, p. 243.

2) Over een daarenboven wellicht aanwezig verband tusschen de leer van

zich nauwelijks over strafrechtelijke vraagstukken geuit; — immers haar hoofdaandacht was op het privaatrecht geconcentreerd [1]); wel heeft zij in háár tijd niet dan betrekkelijk geringen invloed geoefend [2]); maar zij vertegenwoordigt met Herder en Hegel de eerste formuleering sinds de oudheid van de betrekkelijkheid aller ethische en rechts-normen, van de „gleichmässige Anerkennung des Werthes und der Selbstständigkeit jedes Zeitalters" [3]). En al heeft Savigny zelve nog vrij sceptisch gestaan tegenover een vergelijkende rechtswetenschap, door Thibaut en Feuerbach voorgestaan [4]), toch is met de grondgedachten der historische school niet alleen gegeven het inzicht in het organisch verband van het recht met zijn verleden en met den geest van het volk waarin het gegroeid was, maar in het algemeen een rechtsbeschouwing, die leiden moest

---

het volksrechtsbewustzijn en de Hegeliaansche philosophie vergelijk BRIE, Der Volksgeist bei Hegel und in der historischen Rechtsschule; in: Archiv. f. Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie, II (1908—1909) p. 1 en p. 179.

1) Over het wezen van het misdrijf vinden we alleen in SAVIGNY's System des heutigen Röm. Rechts, V, p. 1—2 (1841 verschenen), het volgende: „Bisher wurden die Rechte an sich betrachtet, als die nothwendigen Bedingungen des Zusammenlebens freyer Wesen. In dem durch die Rechtsregeln beherrschten Leben besteht die Rechtsordnung, welche mithin durch Freyheit hervorgebracht und erhalten wird. Indem wir aber das Wesen derselben in die Freyheit setzen, müssen wir zugleich die Möglichkeit einer freyen Gegenwirkung hinzudenken, also einer Rechtsverletzung, welche die Störung jener Rechtsordnung ist"; — een nog vrij abstracte, aan Hegel herinnerende, omschrijving. En voorts geeft PUCHTA, Das Gewohnheitsrecht, III (uitg. van 1837), p. 240—263 een bespreking van de vraag, inhoeverre de macht der consuetudo zich ook in het strafrecht voordoet.

2) Zie R. LOENING, Über geschichtliche u. ungeschichtliche Behandlung des deutschen Strafrechts, in: Zeitschr. f. d. ges. Strafr.wiss. III (1883), p. 219 sqq.

3) SAVIGNY, System d. heut. Röm. Rechts, I, Vorrede, p. XIV—XV.

4) Hoewel zich niet vijandig daartegenover stellende: zie SAVIGNY, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, (uitg. van 1840), Beylage I, p. 165 sqq. in verband met p. VIII der Vorrede tot de tweede uitgave.

tot vergelijkende rechtsonderzoekingen, teneinde het wezen van recht en onrecht en alle andere rechtsverschijnselen niet meer te vinden in een abstractie uit uitsluitend West-Europeesche gegevens, zooals dat nog bij de classieke philosophen het geval was geweest.

Hiermee, èn met het stellen van de consuetudo in de plaats van het contrat social, is een geheel andere geestesrichting geïnaugureerd dan die in de 18de eeuw heerschende was.

Zooals in de Romantische litteratuur is ontbonden en opgelost de harmonie van het classicisme èn de didactisch-nuchtere poëzie der Aufklärung, zooals de romantische, naar de middeleeuwen terugverlangende religiositeit een terugslag beteekent tegen het rationalisme der Aufklärung èn de gelijkmoedigheid in godsdienstzaken van de classici, zoo heeft de historische school in de rechtswetenschap definitief het nasporen der organische wording van het recht in de plaats van het verstandelijk-utilistisch èn van het transcendentaal-begripmatig beschouwen ervan gebracht.

Een mogelijkheid, ja noodzakelijkheid van omvorming van het strafbegrip is hiermee gegeven. Alle betoogtrant, ontleend aan het vooropgestelde „wezen" der straf, komt hiermee vanzelf langzamerhand te vervallen [1]).

En van hieruit spinnen zich talrijke draden verder.

---

1) Onrechtvaardig is dan ook de aanklacht van H. U. KANTOROWICZ, in: Monatschr. f. Krim. psych. u. Str. reform, IV, p. 85: „Die Verwertungsweise der Geschichte im Dienste der Fortbildung des Rechts ist von der historischen Schule wenig beachtet worden, war sie doch vollauf beschäftigt mit der Verhätschelung ihres gänzlich missratenen Sprösslings, der geschichtlichen Exegese des geltenden Rechtes. Dennoch ist die Geschichte auf jenem Gebiete mannigfach zu verwenden, bald als Warnerin, bald als Wegweiserin". Al heeft de historische school misschien weinig uitdrukkelijk over de wordende rechtsbegrippen gehandeld, aan het worden ervan meegewerkt heeft zij in belangrijke mate.

Met de „ontdekking der volksziel" begint de oude metaphysische, overwegend aprioristische en geheel individualistische psychologie te tanen, en in haar plaats, naast een (nu experimenteele) individueele psychologie, een werkelijke massaal- en sociaal-psychologie op te komen. En met Quételet's moraalstatistiek, zijn toepassing der statistische methode ook op menschelijke eigenschappen, zijn constructie van „l'homme moyen", wordt een eerste begin gemaakt met het beschouwen van bepaalde maatschappelijke verschijnselen als volgens vaste wetten in bepaalde maatschappijen optredende. De misdaad wordt dan niet zoozeer als zonde, noch als negatie van het recht beschouwd, maar bovenal als maatschappelijk verschijnsel. De veelvuldigheid waarmee misdrijven optreden wordt vooral in verband gezien tot korenprijzen, tot woningtoestanden enz. Voorloopig blijft het bij een vrij primitieve sociaal-psychologie in dit opzicht; van een werkelijke wetenschap der criminalistiek kan men nog niet spreken; maar de voorbereiding is er, en niet verwonderlijk is het dat Lombroso [1]) later uitdrukkelijk de moraalstatistici v. Öttingen en Guerry onder zijn voorloopers noemt [2]). En in Ferri's leer van de saturazione criminosa, in Lacassagne's uitspraak: „chaque société a les criminels qu'elle mérite" eindelijk vinden wij de latere, meer uitgewerkte formuleering van de gedachte der wetmatigheid van de verschijnselen op crimineel gebied.

Daarnaast, zij het ook in jaren later, ontwikkelen zich — (als gevolg van de, de geheele ontwikkeling der 19de

---

1) LOMBROSO, Über den Ursprung, das Wesen u. die Bestrebungen der anthropol. krim. Schule in Italien; in: Zeitschr. f. d. ges. Str.wiss. I, p. 110.

2) Natuurlijk voorzooverre zij evenals hij positief-wetenschappelijk het verschijnsel criminaliteit hadden onderzocht, niet wat betreft hun uitsluitend-aansprakelijk stellen der sociale oorzaken van het misdrijf.

eeuw beheerschende, natuur-wetenschappen) — de physiologische psychologie en de wetenschappelijke psychiatrie. En ook hierdoor wordt vanzelve veroorzaakt een gewijzigde beschouwing en beoordeeling van menschelijke handelingen, n.l. een in verband brengen daarvan met de gegeven individueele constitutie. Vanzelve wordt van hieruit een reactie gevormd tegen iedere abstracte en absolute moraal; wordt in breeder kringen aandacht gewijd aan den abnormale, wordt deze niet meer zoozeer tot uitgestootene gemaakt als vroeger. En hiermee werd de mogelijkheid gegeven van een innerlijk-individualistische criminalistiek. Wat de moraalstatistiek en het onderzoek naar de economische oorzaken der misdaad deden voor de opvattingen van de criminaliteit als massa-verschijnsel, dat deed de psychologie voor het inzicht in de criminaliteit als uiting van den aanleg van den enkeling; wat vroeger overwegend als vrijgekozen zonde werd beschouwd, werd nu gezien als „verschijnsel", als gevolg van iets anders.

Want èn die economische en statistische, èn die individueel-psychologische onderzoekingen zijn een van de vele uitvloeisels van datgene, wat de 19[de] eeuw méést typeert: het experimenteele denken. Deze denkrichting uitte zich niet alleen in den plotselingen opbloei van en het geloof in de natuurwetenschappen, maar in het karakter dat alle wetenschappen, dat de geheele gemiddelde levensopvatting gingen aannemen; wat we in geschiedenis, in economie, in psychologie, in philosophie zien, zien we ook op het gebied van het strafrecht: men gaat de oorzaken systematisch onderzoeken.

En in dezelfde gedachtenrichting als het zoeken der oorzaken komt men uitteraard ook tot de gedachte van voorkóming van misdrijf, die men vroeger alleen in zwakken aanleg in de afschrikkingsgedachte gekend had.

En zoodra men zich verdiept in de gedachte en den arbeid der voorkóming van criminaliteit, tot het leggen van den hóófdnadruk dáárop, komt men er vanzelve toe de veiligheidsmaatregelen te stellen boven de straf, of aan de straf het karakter van veiligheidsmaatregel te willen geven. En in elk geval leidt iedere neiging tot prophylaxe ertoe, prijs te geven de proportionaliteit van den te nemen maatregel met het in het verleden gepleegde feit.

Tevens beweegt dit alles zich in de richting van individualiseering der strafvoltrekking — en ook dàt moet mee brengen de eischen van: wijziging van strafstelsel, indeeling der misdadigers (meer dan der gepleegde feiten) in categorieën, onbepaalde vonnissen, voorwaardelijke veroordeeling, enz. enz.

Zoo knoopt het streven der nieuwe richting aan sociale, individualistische en wetenschappelijke tendensen der tweede helft van de 19de eeuw aan.

Maar waar strafrechtelijke opvattingen speciaal nauw samenhangen met moreele stroomingen, daar is te verwachten dat de kentering in het schuld- en strafbegrip ook nog op ander terrein zou zijn voorbereid.

Het midden der 19de eeuw, bloeitijd van het algeheele geloof in den triomph der natuurwetenschappen, kenmerkt zich door een verwijdering van, dikwijls een minachting voor de wijsbegeerte. Het is de tijd waarin de Leipziger hoogleeraar Schenk zijn studenten inprentte: „die Philosophie ist der systematische Misbrauch einer eigens zu dem Zweck erfundenen Terminologie", waarin Rud. Haym over Hegel's wijsbegeerte zegt: „diese Philosophie ist mehr als widerlegt, sie ist gerichtet worden", waarin Jhering de philosophie in de voorrede tot het eerste deel van zijn „Zweck im Recht" bespreekt als een soort van „vak", waarvan hij betreurt dat het hem, op grond van de stroo-

mingen van zijn tijd, vreemd gebleven is; de tijd waarin bij nagenoeg alle wetenschappelijke en onwetenschappelijke menschen een overtuiging of misschien juister een antipathie heerschte tegen alle philosophie.

Sedert is ook deze tijd voorbijgegaan; maar thans mag niet worden vergeten, hoe belangrijke dingen óók op philosophisch gebied er in dien tijd van „proefondervindelijkheid" en materialisme zijn voorbereid.

Kant en Fichte waren nog geheel dualistisch geweest; bij hen heerschten de Gedachte en de Eisch over de werkelijkheid. Bij Hegel is — hoewel nog op abstracte wijze — een overbrugging gegeven doordat de Idee zich in de Werkelijkheid verwezenlijkt. En hiermee staan we aan het begin van een nieuw tijdperk, van een nieuwe verhouding sinds eeuwen van den mensch tot de „Umwelt."

Dualistisch was het Kanoniek Recht geweest, was de Aufklärung geweest, was de klassieke philosophie in haar eerste tijdperk geweest; de 19de eeuw vertegenwoordigt den zwaren, nog lang niet volstreden strijd ter overwinning van dat dualisme. Dit is de grondtendens ervan, en zoomede ook de achtergrond van de conflicten omtrent het strafbegrip.

Want met de middeleeuwsche tegenstelling tusschen God en Duivel, of tusschen God en Natuur, de natuurrechtelijke tegenstelling tusschen Goddelijk of Redelijk Recht en werkelijk Recht, de Kantiaansche tegenstelling tusschen noumenon en phainomenon, hing samen de gedaante der opvattingen omtrent het wils- en het schuldprobleem.

En zoo veroorzaakt het experimenteele stadium een „crise de la morale" (Tarde), die véél meer omvat dan het strafrecht alleen, maar die juist op strafrechtsgebied bizonder duidelijk is, omdat juist dáár het verantwoordelijkheidsvraagstuk zoo in gecondenseerden vorm verschijnt.

Het is de crisis veroorzaakt door het meer en meer losraken van absolute en van-bovenaf-gegeven normen. Niet alleen het inzien van de causaliteit van alle menschelijk gebeuren brengt dit te weeg: daarnaast treedt het weten omtrent de relativiteit van alle rechts- en moraal-regels, zooals dat doordrong sinds, na Spencer en zijn tijd, ethnologische onderzoekingen op ruimer schaal werden ondernomen en bekend gemaakt.

Uitteraard gaf dit een tijdlang een vertroebeling en wegdoezeling van de begrippen goed en kwaad, en onderwijl een aan-alle-kanten zoeken naar een grondslag voor een nieuwe moraal en een nieuwe verantwoordelijkheid.

Het zoeken naar een nieuwe moraal heeft zich op het gebied van het strafrecht weinig direct doen gevoelen, het zoeken naar een nieuwen grondslag van verantwoordelijkheid echter des te sterker.

We zagen, hoe de opvattingen omtrent den misdadiger met de tijden mee veranderd zijn: oorspronkelijk was hij vooral de vijand, toen de ongehoorzame, toen de zondaar; in de natuurwetenschappelijke 19de eeuw werd in hem vóór alles gezien de abnormale; (— hetzij dan als moreel-krankzinnige, of als atavistisch verschijnsel, of als de in verwaarloosd milieu tot onmaatschappelijk voelen en handelen opgegroeide, of als minderwaardige en gedesequilibreerde; — al naar bij de „Zustandsverbrecher" het eene of het andere type sterker naar voren treedt, of door de eene of andere strafrechtsrichting meer vooropgesteld wordt).

En zooals, terwijl achteraf gebleken is dat de anti-philosophische en anti-religieuse houding van vijftig jaar geleden niet wijsgeerig denken of godsdienstig voelen hebben teniet gedaan, maar het alleen in nieuwen, minder dualistischen vorm hebben doen herboren worden, tòch de tijd van het materialisme een phase van éénzijdige òver-accen-

tueering van het experimenteele vertegenwoordigt, zoo zien wij ook op strafrechtsgebied, hoewel thans de verantwoordelijkheids- en schuld-gedachte nieuw leven blijkt te hebben, daaraan een beginstadium voorafgaan, waarin het uitwendig-experimenteele gehéél de overhand heeft.

Het is het stadium, waarin de crimineel-anthropologische school van Lombroso inzet, en weldra opgevolgd wordt door de crimineel-sociologische „école de Lyon", en tevens de tijd, waarin in Duitschland Kraepelin in zijn „Abschaffung des Strafmaasses" fel voor een algeheele hervorming van de behandeling des misdadigers optreedt.

In alle drie uit zich met de absoluutheid en onverdraagzaamheid, die bijna steeds aan het eerste begin eener nieuwe richting eigen zijn, het streven om het strafrecht te nivelleeren tot onderdeel van administratie of sociaal-politiek of ziekenzorg. De Italiaansche school immers in haar oorspronkelijken vorm achtte tegen den „delinquente nato" nagenoeg dezelfde maatregelen als tegen gevaarlijke geesteszieken toelaatbaar — n.l. opsluiting of eliminatie waartoe een gepleegd strafbaar feit slechts de verwijderde aanleiding behoefde te zijn. De oorspronkelijke Fransche school daarentegen, die de criminaliteit het uitsluitend product der maatschappelijke omstandigheden achtte, bracht de geheele bestrijding der misdaad terug tot algemeene sociaal-politieke maatregelen (als verbetering van woningwezen, bestrijding van alcoholisme, beperking van arbeidsduur, vermeerdering van volksonderwijs, enz.). In menig opzicht vindt zij hare voortzetting in de sociaal-democratische leeringen over het vraagstuk van misdrijf en straf [1]); ook deze stellen zoo goed als

1) BONGER, Criminalité et causes économiques. Prft. Amsterdam 1905; Id. Tijdschr. v. Strafr. Deel XXIII (1912) p. 397 vlgg.; HAASE, Parteitag der soz. dem. Partei Deutschlands 23—29 Sept. 1905. Over den laatste ook RAPPAPORT, La lutte autour de la réforme du droit pénal en Allemagne, p. 21—29.

uitsluitend economische factoren voor het verschijnsel misdrijf verantwoordelijk, maar bij de laatsten wordt met die economische factoren niet alleen meer bedoeld de maatschappelijke ellende eener enkele klasse, maar de geheele inrichting der maatschappij, volgens hen gegrond op de productiewijze. — Kraepelin tenslotte, die geen onderscheid ziet tusschen den misdadiger en den zieke, die de menschelijke barmhartigheid vóóropgesteld wil zien, komt tot een uitsluitend speciaal-preventieve behandelingswijze die geheel aanknoopt bij de behandeling van zenuwlijders in de eerste plaats en tenslotte bij die van zieken in het algemeen. Evenals Kraepelin's wensch naar onbepaalde straffen ter uitvoering van die behandeling, is Vargha's oppositie tegen de „Strafknechtschaft", diens eisch van alléén „Bevormundungsstrafe", de begrijpelijke consequentie van humane menschen, die uitgegaan zijn van de opvatting, dat alle vergeldingsstraf in laatste instantie wraak is.

Zoo is aan deze drie stroomingen uit het begintijdperk der Nieuwe Richting — ondanks alle verschil in methode en in humaniteit — gemeen hun aandacht voor de concrete feiten op criminalistisch gebied (anthropologische òf sociologische), hun deterministische beschouwingswijze en hun overboordwerpen van het verband tusschen het gepleegde feit en den daarop volgenden maatregel.

Hun aandacht voor de concrete feiten. En hiermee inaugureeren deze eerste baanbrekers een van de hoofdkenmerken der gehééle nieuwe richting: haar overwegend letten op de oorzaken en dientengevolge ook op de middelen ter bestrijding, haar minachting voor de juridische onderscheiding van het feit, van den „Tatbestand"; of, om het met het bekende gezegde uit te drukken, haar meerder aandacht schenken aan den dader dan aan de daad.

Hun determinisme. — Vooropgesteld moet hier worden, dat oorspronkelijk de eene mensch den ander afkeurend of goedkeurend beoordeelt zonder daarbij van eenige theorie uit te gaan; dat in lateren tijd zich het vraagstuk van den vrijen wil ontwikkelde, aanvankelijk als theologische strijdvraag — als vraag naar het al of niet gelden der praedestinatie — en gehéél buiten verband met de causaliteitsleer; dat dit probleem zich in telkens verschillenden vorm voordoet; dat de rechtsphilosophie, met name de classieke, meerendeels van de vrijheid van den wil uitging (zij het ook niet van het populaire liberum arbitrium indifferentiae) en er de verantwoordelijkheid mede in verband bracht; dat dientengevolge het aan een mensch toerekenen zijner handelingen geacht werd te steunen op die wilsleer. Van dezen samenhang tusschen de ethische beoordeeling en het in laatste instantie on-bepaald zijn van het Ik gingen èn het natuurwetenschappelijk determinisme, èn de oppositie daartegen, uit; de eerste door op grond der causaliteit de zedelijke verantwoordelijkheid te loochenen, de tweede door, ter handhaving dier verantwoordelijkheid, de leer van het oorzakelijk bepaald zijn van het „kiezende" Ik te ontkennen.

Primitief en aanvankelijk beoordeelt de eene mensch het „Ik" van den ander als gehéél en rekent daaraan diens daden toe, — allereerst zelfs óók de daden die dat „Ik" slechts door toeval veroorzaakt heeft. Langzamerhand gaat men onderscheiden tusschen schuldgraden en zich bij al wat iemand veroorzaakt heeft, afvragen inhoeverre dat aan zijn „Ik" is toe te rekenen; en in onzen tijd is men hiermee zoo ver gegaan, dat het „Ik" als gehéél erbij is „in die Brüche gegangen". Wat de conservatieve groep ertegenover bedoelt, is dan ook in wezen dit: iets staande te houden van het „Ik" als ondeelbaar geheel; zij doet dit

echter niet langs nieuwe banen, zooals enkele modernen [1]), maar door een angstig verzet tegen de alomvattendheid der causaliteitswet.

De philosophische causaliteits-vraag, de vraag naar het „Ik", werd tot moreel probleem.

Immers bij deze eerste stroomingen, die uitteraard het meest zuiver de reactie tegen het voorafgaande represen-teeren, is de wetenschappelijke causaliteitsleer overgeslagen tot ethisch credo: de mensch is niet vrij en daarom niet zedelijk verantwoordelijk. De gepopulariseerde causaliteits-leer, het beginnende zich-indenken in het gemoed, de beweegredenen van den misdadiger, het weten omtrent het oorzakelijk-bepaald zijn van karakter en aanleg, bracht tijdelijk mee de vergissing, dat geen maatregelen meer zouden mogen worden genomen tegen wat menschelijk vergeeflijk is, dat, wat begrepen wordt, niet meer als ethisch veroordeelenswaardig zou mogen worden opgevat [2]) -- Nu laten zich bij den geheelen strijd over vrijen wil en verantwoordelijkheid, zooals die zich thans afspeelt, in hoofdzaak volgende groepen van opvattingen onderscheiden: eene, die als natuurwetenschappelijk bewezen aanneemt dat alles veroorzaakt is, dus óók 's menschen Ik, dat handelt

---

1) Zie verderop p. 128—129.

2) Cf. EGGENSCHWYLER, Zur Philosophie des Strafrechts, in Zeitschr. f. d. ges. Str.wiss. XXXIII, p. 362: „.... Dasselbe beweist, in welchem Grade die Strafausübung — selbst die durchdachte Strafausübung gebildeter Richter — noch Rache ist, d. h. in unbewussten Gefühlen wurzelt. Der Durchschnitts-mensch straft, wenn ihm eine Tat Schrecken einflösst; da aber der Schrecken in dem Masse schwindet, als das psychologische Verständnis um sich greift, erscheint dem Mann aus dem Volk der Strafvollzug inhuman, sobald er sich von den Motiven der Tat Rechenschaft ablegen kann. So entstehen dann Sprichworte wie „comprendre c'est pardònner".

Over dit laatste spreekwoord vergelijk ook KOHLRAUSCH, Über descript. u. normat. Elemente im Vergeltungsbegriff des Strafrechts; in: Zur Erinnerung an Immanuel Kant; Abh. hrg. von der Univ. Königsberg 1904, p. 269 sqq.

en kiest — en dat dus dat Ik onvrij is; eene tweede, die dezelfde causaliteit aanneemt, maar er niet de conclusie der onvrijheid uit trekt; eene derde, die daartegenover staande houdt, dat de mensch wel „in vele opzichten" beinvloed en bepaald is, maar dat ten slotte toch zijn eigen Ik (a. h. w. als „deus ex machina") vrij blijft te kiezen of hij die invloeden al dan niet wil toelaten. Zoodat het in hoofdzaak gaat om een qualificatie: of men onder „vrij" verstaat wat alleen door zichzelve bepaald wordt (dus onverschillig of dat Zelf ook weer door herediteit enz. veroorzaakt is) — dàn kan men ondanks alle causaliteit van vrijheid spreken en blijft men het Ik als geheel beschouwen; of wel dat men onder „vrij" verstaat wat niet bepaald is, — en inderdaad, dan vàlt de „wil" met het aannemen der causaliteit; maar dàn verstaat men ook onder vrijheid niet anders dan een ondenkbare vrijheid tot willekeurigheid, een liberum arbitrium indifferentiae. En wàt men legt in deze woorden „vrijheid" en „Zelf" of „Ik", dàt hangt in laatste instantie samen met een geheel complex van levensbeschouwing en wijze van redeneering; juist òmdat het hier de vraag geldt, hoe bepaalde feiten en wisselwerkingen te interpreteeren voor philosophie en ethiek, welken „naam" eraan te geven, juist daarom kon dit vraagstuk een partij-vraagstuk worden.

De vergissing der toenmalige nieuwe richting dan — maar een zeer begrijpelijke, in reactie tegen de oppervlakkige populaire wilsleer die vóór haar meerendeels heerschte — was, dat zij meende, inzake den (on)vrijen wil niet met een quaestie van interpretatie te doen te hebben, maar met een wetenschappelijk feit dat te bewijzen was, met een wetenschappelijk resultaat.

Gevolg hiervan was: eenerzijds, dat de toenmalige Nieuwe Richting, zelve nog doortrokken van den ouden norm dat

het strafrecht op het liberum arbitrium indifferentiae was opgebouwd, nu tevens de zedelijke verantwoordelijkheid liet vallen; anderzijds, dat de Classieke Richting van toen af aan tot heden toe in het „determinisme" ziet den ondergang van strafrecht en rechtsorde omdat zij verwart de zedelijke vrijheid van het Ik tegenover uiterlijke omstandigheden met het niet door oorzaken bepaald zijn van dat Ik, en meent dat de Nieuwe Richting met het laatste ook het eerste loochent.

Zoo vertoont zich het wilsvraagstuk in onze dagen eenigszins anders dan vroeger, anders dan in de tijden van Augustinus of van Spinoza; zoo doet het conflict zich in onzen tijd voor als strijd tusschen de, eigen resultaten òveraccentueerende, natuurwetenschappen en het, de wilsvrijheid voor den grondslag der vroegere moraal houdende, conservatisme; — terwijl in werkelijkheid nòch de verantwoordelijkheid ooit op het liberum arbitrium indifferentiae is gebaseerd geweest, nòch die verantwoordelijkheid door de causaliteitsleer weérlegd wordt.

Een derde hoofdkaraktertrek van het begin der Nieuwe Richting was het verzet tegen de proportionaliteit van daad en straf. En, zooals alle trekken der Nieuwe Richting, vertoonde ook deze zich in het begin bovenmate: niet alleen werd tegen die proportionaliteit in engeren zin geijverd, maar in het algemeen werd — om het nu maar kort te zeggen, — in de plaats van het gepleegde misdrijf, de gevaarlijkheid van den blijkens anatomische en psychologische kenteekenen tot misdaad gepraedisponeerde tot hoofdgrond der straf.

En het is tot deze uitgangspunten van de éérste verschijnselen der Nieuwe Richting: wegdoezeling van het verschil tusschen straf en àndere maatregelen, èn ontwrichting der zedelijke en zoomede strafrechtelijke verantwoor-

delijkheid, dat nog steeds het overgroote deel der bestrijders van de Nieuwe Richting teruggaat.

En toch is er intusschen zéér veel in de Nieuwe Richting veranderd.

Datgene, wat in breede kringen allereerst en allermeest de aandacht had getrokken, waren Lombroso's onderzoekingen en beweringen geweest. Hierover werd de scherpste populaire spot uitgegoten, en hierop de intensiefste wetenschappelijke kritiek gericht; met het resultaat, dat een overgroot aantal van Lombroso's aanvankelijke conclusies medisch en criminologisch onhoudbaar bleken.

Die kritiek echter kwam voor een groot deel van moderne zijde, uitte zich, behalve in de litteratuur, op de van de modernen uitgaande crimineel-anthropologische congressen. In Frankrijk ging de oppositie uit van de sociologische school. In Italië van de „Terza Scuola", die, zich stellend gelijkelijk tegenover de classieke en de Lombrosoniaansche school, en gedeeltelijk sympathiseerend met de Fransche richting, naast biologische ook sociologische invloeden op het ontstaan en den loop der criminaliteit wilde erkennen. En in Duitschland was het de, eveneens overwegend sociologische groep van v. Liszt, die, èn op grond van dat sociologisch karakter, èn op grond van een algemeene bezadigdheid die deze groep kenmerkt, tegen de overhaaste conclusies van Lombroso en de zijnen te velde trok.

Deze láátste groep vooral is het, die de verbinding met de nieuwere aera in de Nieuwe Richting zelve vormt. Meest van allen heeft deze zich kunnen aanpassen aan geldende opvattingen, minst van allen is zij „utopisch" gebleven. Het is deze gematigde, van compromissen niet afkeerige hervormingsgroep, die, tezamen met enkele Fransche, Belgische, Hollandsche e. a. stroomingen, den

kern vormt van de Internationale Strafrechtsvereeniging (in de statuten waarvan verklaard wordt dat zij het misdrijf niet alleen uit juridisch maar ook uit anthropologisch en sociologisch oogpunt wil bezien), die de „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft" (de titel reeds is veelbeteekenend) heeft opgericht, en die den meesten directen invloed op de wetswijzigingen van den lateren tijd heeft gehad.

Deze méést van allen practisch-hervormende stroomingen, en de vele parallelstroomingen die onze tijd kent, zijn in hunne verhouding tot de oude, uiterste groep der Nieuwe Richting zeer belangwekkend.

Ten opzichte van het determinisme laten zich in den lateren tijd en in de noordelijke landen in hoofdzaak twee verschijnselen opmerken, die een afwijking vertoonen zoowel van de classieke verantwoordelijkheidsleer als van de uitschakeling der zedelijke verantwoordelijkheid door de uiterste anthropologische en sociologische school en door de richting van Kraepelin, Vargha c. s.

Allereerst de practische oplossing van v. Liszt en vele anderen, die een scheiding maken tusschen het metaphysische en het practische wilsvraagstuk en het eerste uit criminologische besprekingen wenschen uit te schakelen; — een toepassing van een laatsten uitlooper van Kant's leer van het Ding an sich, van de leer van een ergens werkelijk bestaande maar voor ons onkenbare waarheid. Evenwel heeft ook v. Liszt het herhaaldelijk moeten uitspreken, dat het in den strijd tusschen oude en nieuwe richting om een niet weg te doezelen verschil in levensopvatting gaat [1]). Deze groep neemt geen zedelijke verant-

---

1) B. v. Aufsätze u. Vorträge II, p. 433: „Tiefgreifende, in letzter Linie auf die verschiedene Weltanschauung zurückführende Gegensätze bestehen

woordelijkheid, maar wel maatschappelijke verantwoordelijkheid aan, en beschouwt als criterium voor de aanwezigheid dier aansprakelijkheid, voor de toerekenbaarheid, de „normale Bestimmbarkeit durch Motive." Haar straf is uitteraard „Zweckstrafe", „Schutzstrafe".

Daarnaast staan de philosophisch dieper gaande pogingen van Merkel [1]) en van Tarde, om de zedelijke verantwoordelijkheid ook deterministisch te fundeeren, waar zij, juist op grond van het onverbrekelijk causaalverband tusschen den mensch en zijn handeling (die alleen dàn in waarheid zijn handeling is, wanneer ze als onafwendbaar gevolg van zijn eigenaard gedacht wordt, en niet als buiten dien eigenaard om door zijn „Ik" als deus ex machina „gekozen") hem verantwoordelijk voor zijne daden noemen, en van Berolzheimer [2]), die teruggrijpt op het oude woord van Heraclitus: „ἦθος ἀνθρωπῳ δχιμων, — des Menschen Persönlichkeit ist sein Schicksal".

Het ligt in de lijn van deze gedachtengangen — hoewel deze consequentie lang niet door alle aanhangers daarvan getrokken wordt — om zich de mogelijkheid te denken van een strafrecht, dat niet meer op de scheiding van „toerekenbaren" en „ontoerekenbaren" zou zijn opgebouwd. Maar wij komen hierop later terug.

Nog in ander opzicht zijn de jongere groepen in de

---

zwischen den Vertretern der beiden Richtungen; Gegensätze, die so alt sind wie die kritische Selbstbesinnung des Menschen, und die unüberbrückt und unüberbrückbar bestehen werden, solange die Menschen nicht aufhören werden, über die Lösung der Lebensrätsel zu sinnen".

1) Merkel rekent zich tot de classieken; daar dit echter voornamelijk geschiedt op grond van het feit dat hij aanhanger der vergeldingsstraf is, en daar zijn opvattingen inzake determinisme en verantwoordelijkheid door de groote meerderheid der classieken niet gedeeld worden, kan hij hier wat betreft dit vraagstuk als vertegenwoordiger van moderne stroomingen genoemd worden.

2) System d. Rechts- u. Wirtsch.philos. V, Vorwort.

Nieuwe Richting van de uitersten der oudste groep teruggekeerd. Stond bij de baanbrekers voor de nieuwe gedachten op den voorgrond de absolute oppositie tegen het verband tusschen misdrijf en straf, de wil om van de straf gehéél te maken een maatregel ter verwezenlijking van een toekomst-doel, maatregel wiens toepassing niet of nauwelijks behoefde afhankelijk te zijn van eenig in het verleden gepleegd feit — (dus volslagen reactie tegen de beginselen van Aufklärung, Revolutie en classieke philosophie) — bij de gematigd-practische groep treedt in de plaats hiervan de „Schutzstrafe" en de „veiligheidsmaatregel", die beiden (de eerste altijd, de tweede in bijna alle gevallen) aan een gepleegd feit vastknoopen.

Gebleven is echter als hoofdeigenschap der moderne richting: doeltreffende bestrijding der criminaliteit te willen, en hare hoofdaanklacht tegen de klassieke school: deze bestrijding ontzaglijk te hebben verwaarloosd. Men denke aan het bekende, veel aangevallen woord van v. Liszt: „Eine Strafe die das Verbrechen fördert, das ist die letzte und reifste Frucht der vergeltenden Gerechtigkeit!" En zoo is dan het geheele program, dat in hoofdzaak door alle vertegenwoordigers der tegenwoordige Nieuwe Richting wordt voorgestaan, in zijn hoofdtrekken als volgt samen te vatten:

1. Algemeene sociale voorzorg (inzake woningvraagstuk, arbeidsloon enz.).
2. Bizondere zorg voor verwaarloosde kinderen.
3. Afzonderlijk strafrecht voor jeugdige misdadigers; hierbij hetzij vervallen van een leeftijdsgrens waarbeneden ontbreken van strafrechtelijke verantwoordelijkheid wordt aangenomen (zooals dat in de Nederlandsche Kinderwetten is verwezenlijkt), hetzij verhooging van de strafrechtelijke verantwoordelijkheidsgrens tot boven de 14

jaar; afzonderlijke berechting; strafvoltrekking in geheel opvoedenden geest.

4. Onderscheiding der misdadigers in groepen naar de mate hunner vermoedelijke verbeterlijkheid en naar andere factoren; classificeering ook in ieder gesticht.
5. Voorziening in de behandeling van verminderd toerekenbaren, hetzij door afzonderlijke gestichten (prisons-asyles) hetzij op andere wijze.
6. Wijzigingen in strafstelsel en strafvoltrekking:
   a. Ruimere keuze van straffen.
   b. Voorwaardelijke veroordeeling.
   c. Afschaffing der korte vrijheidsstraffen (beneden de 6 weken, — of, gelijk als compromis in den „Gegenentwurf" tegen den „Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch" door de modernen voorloopig is voorgesteld: beneden een week), en vervanging door geldboete, arbeidsdwang, of toepassing van voorwaardelijke veroordeeling.
   d. In de gevangenissen meerder vakonderwijs, in het algemeen beter voorbereiding voor de maatschappij.
   e. Onbepaalde straffen: bepaling van het moment van ontslag door een daartoe aangewezen commissie in verband met den zedelijken en economischen toestand van den dader, inplaats van fixeering van de strafduur a priori door den rechter.
7. Een grooter aantal van speciale preventie beoogende veiligheidsmaatregelen (werkinrichting, „Trinkerheilanstalt", „Verwahrung von Gewohnheitsverbrechern" e. a.) toe te passen hetzij na, hetzij inplaats van, hetzij geheel zonder verband met straf.
8. Systematisch georganiseerde zorg voor den ontslagen veroordeelde.

Met uitzondering van de eischen van eenvoudige sociale

voorzorg, die thans door de classieke richting gedeeld worden, maar waarop de aandacht eerst door de nieuwe richting in meerdere mate dan vroeger gevestigd is, gaat de strijd over dit gehééle gebied. Het meest omstreden punt daarbij vormt echter de verhouding tusschen straf en veiligheidsmaatregel. Want het is bovenal het streven der Nieuwe Richting, om de veiligheidsmaatregelen uit te breiden en soms voor de straf te doen in de plaats treden [1]), gecombineerd met het streven om bepaalde categorieën (met name de vermoedelijk onverbeterlijken en de jeugdige delinquenten) geheel buiten het eigenlijke strafrecht te stellen, dat van classieke zijde het verwijt heeft uitgelokt, als zouden de modernen „nichts vom Strafrecht übriglassen", volgens Birkmeyers uitdrukking. Ook hierbij echter bestaat van classieke zijde verwarring tusschen de oudere en de nieuwere groep der modernen; de nieuwe, gematigde groep immers knoopt zèlfs de meeste veiligheidsmaatregelen vast aan een bepaald, gepleegd misdrijf, zoodat zij het strafrecht niet gelijkmaakt aan, niet op één lijn stelt met eenvoudig-prophylactische maatregelen, niet den enkeling overlevert aan een hem willekeurig voor gevaarlijk verklarenden rechter.

Immers in reactie tegen Lombroso c. s. wil de gematigd moderne groep de strafwet handhaven als „magna charta van den misdadiger" en bouwt inzooverre voort op de verkregen beginselen der Aufklärung: op het betrekkelijk onaantastbaar recht der persoonlijkheid.

Maar: deze onaantastbaarheid is betrekkelijk ge-

---

1) Hetgeen ook gebeurt in twee der „Vorentwürfe", den Zwitserschen en Duitschen, waar somtijds de (bij landlooperij en d.g.l.) gebruikelijke korte vrijheidsstraf vóór een langdurige toepassing van gestichtsopvoeding is vervallen, evenals dit ook in de Nederlandsche Kinderwetten ten opzichte van jeugdige beklaagden is mogelijk gemaakt.

worden. De 18de eeuwsche „droits de l'homme" worden voor de moderne staatsinmenging vatbaar voor aantasting. En het is dit beginsel van staatsinmenging, dat op strafrechtelijk gebied in de nieuwe richting zijn uitdrukking vindt. „Dieselbe grosse geistige Strömung, die uns die Sozialpolitik gebracht hat, hat uns auch den Begriff der Kriminalpolik gebracht..... Aus dem Rechtsstaat, dem Nichts-als-Rechtsstaat, der sich damit begnügt hat oder wenigstens damit begnügen wollte, dem freien Spiel der Kräfte den ruhigen Ablauf zu sichern.... hat sich der moderne Verwaltungsstaat entwickelt, der durch bewusste Zwecksetzung eingreift in das freie Spiel der Kräfte.... Unsere moderne strafrechtliche Schule erscheint als Übertragung wirtschaftlicher und politischer Gedanken und Forderungen auf unser spezielles Arbeitsgebiet" [1]).

Vertegenwoordigt de Nieuwe Richting aldus een geheele politieke — en, ruimer dan dat — een cultuurstrooming, daar ligt het voor de hand dat ook de tegenstand tegen de Nieuwe Richting van bepaalde, in het algemeen conservatieve groepen uitgaat; terwijl de boven reeds genoemde sociaal-democratische opvatting haar arbeid als niet ingrijpend genoeg zijnde beschouwt en een bijna volkomen verdwijnen der criminaliteit verwacht tengevolge van socialistische productiewijze. — Zij, die de Nieuwe Richting als te geavanceerd bestrijden, worden in het algemeen onder den naam van classieken (juister zou zijn neo-classieken) samengevat; toch schuilen onder die benaming verschillende groepen, en komt de naam „classieken" eigenlijk alleen toe aan de aanhangers der theorie, die aan het tijdvak van classicisme haar ontstaan te danken had.

De strijd tegen de Nieuwe Richting wordt aangebonden

---

1) v. Liszt, Mitteil. der I. K. V., Band XIX (1912) p. 377—378.

door een geheel complex van behoudende groepen: daarbij o. a. uitgaande van Katholieke schuldleer [1]), Protestantsch, op het oude testament teruggaand vergeldingsbeginsel [2]), romanistisch-scholastische rechtsbegrippen, en liberalistische neo-classieke strafrechtstheorieën; en onder deze laatsten zijn weer aanhangers van zeer verschillende philosophieën te onderscheiden.

Vele van de bezwaren, die ieder dezer vijandige groepen tegen de Nieuwe Richting slingert, zijn bezwaren speciaal voor die richting, aanwijzing van gevaren speciaal volgens die opvatting bestaande. Maar naast hun partij-verdediging houden ze àllen een gezamenlijken grond van verzet in (wel het meest vertolkt door de liberale groep, omdat deze verreweg het meeste aandeel aan den strijd heeft genomen, maar niet vertegenwoordigende een uitsluitend liberale oppositie): de vrees dat, met het overhand nemen der moderne strafopvattingen, ongedaan zal worden gemaakt wat als resultaat van eeuwenlangen arbeid verkregen was, dat de nieuwe leer beduidt een prijsgeven van de hoogste verkregen staats-, schuld- en strafopvattingen, en een terugzinken tot willekeur en utilisme, een dooding der individueele verantwoordelijkheid, een onbeschermd-laten der staats-autoriteit en der staatsnormen. De vrees dat eenerzijds (door het stelsel van onbepaalde straffen en d.g.l.) de enkeling zal worden opgeofferd aan de gemeenschap, anderzijds (door de veelvuldige toepassing der voorwaardelijke veroordeeling en d.g.l.) de generale preventie geheel zal worden uit het oog verloren tegenover de zorg voor den enkeling.

---

1) F. Tummers S. J., De „Nieuwere" Richting in de Strafrechtswetenwetenschap critisch beoordeeld; v. Wijnbergen, in Tijdschr. v. Strafr. Deel XVI, p. 171 en 215.

2) Mr. D. P. D. Fabius, Schuld en Straf; Mr. Dr. B. Gewin, Beginselen van Strafrecht, p. 43 vlgg. en 274 vlgg.

De groote serie „Kritische Beiträge zur Strafrechtsreform" [1]) betoogt met grooten rijkdom aan feitenmateriaal en citaten vooral deze twee bezwaren: dat de Nieuwe Richting het Strafrecht te niet doet; èn: dat zij de maatschappij in onberekenbaar groote gevaren brengt.

— Beide opvattingen, die der nieuwe en die der oude richting, vertegenwoordigen een algemeene cultuurbeweging. Zoo hebben beiden evoluties doorloopen, óók nog lang nadat de eerste strijders voor de nieuwe denkbeelden voor gematigder stroomingen moesten wijken. Zoo blijkt, wat er in de laatste tientallen van jaren voorgevallen is, niet alleen te zijn een strijd van twee richtingen, die tegenover elkander blijven staan; er blijkt in die jaren reeds véél, zoowel in beider theorieën, als in wetgeving en praktijk, gebeurd te zijn; het strafrecht blijkt zich in den loop van den strijd verder ontwikkeld te hebben in een bepaalde richting.

Zoowel omdat, zooals Makarewicz [2]) en Delaquis [3]) terecht betoogen, er géén vraagstuk is waarover òf modernen òf classieken het ééns zijn, als bovenal ook, omdat beiden een ontwikkeling doorloopen hebben, kan de nieuwe richting niet als één homogeen gehéél tegenover de oude gesteld worden.

En voor deze omvorming, die zich in den laatsten tijd voltrok, zijn de voorwaarden voor nieuwe en oude richting nagenoeg gelijk. Het gaat hier om recente stroomingen op cultureel gebied, die de nieuwe richting — vooruit-

---

1) Uitgegeven door BIRKMEYER en NAGLER onder medewerking van nagenoeg alle groote Duitsche aanhangers der class.richting; Leipzig, Verlag Engelmann; tot nog toe verschenen 15 verhandelingen.

2) Klassizismus und Positivismus in der Strafrechtswissenschaft; in: Zeitschr. f. d. ges. Str.wiss. XVII p. 590 sqq.

3) Die Umbildung des Strafbegriffs im modernen Kriminalrecht; in: Zeitschr. f. d. ges. Str.wiss. XXXI p. 671 sqq.

strevende richting zijnde — het sterkst hebben aangegrepen, maar die toch ook aan de classieke school niet spoorloos zijn voorbijgegaan.

Sedert de dagen der classieke philosophie is, in den maalstroom van techniek, natuurwetenschappen, romantische, realistische, impressionistische en post-impressionistische kunst, van sociale nooden, klassen-politiek en zooveel meer, ondergegaan de oude abstracte, van de wereld afgewende wijsbegeerte. Eenerzijds zien we in de plaats der oude logica komen een practisch bezien en regelen van de verhoudingen dezer wereld, anderzijds een àndere wijze van theoretiseeren, die in meerder mate van de dingen zelve uitgaat, kortom meer „impressionistisch" en minder „classiek" is dan de philosophie uit het begin der 19de eeuw. Ook op straftheoretisch gebied vinden we beide stroomingen terug.

De eerste in een verschijnsel juist te midden der classieke school, dat niet ten onrechte „Verweltlichung der Vergeltung" genoemd wordt [1]). Het doet zich in de meest geprononceerde mate voor bij Rich. Schmidt [2]), maar in eenig opzicht vinden we het bij nagenoeg alle tegenwoordige aanhangers der oude richting, evenals bij enkele tusschen beide richtingen in staande criminologen zooals Wach [3]). [4]) Wat zij vergelding noemen, is voor een groot deel generale preventie: bescherming der autoriteit van staat en wet door het voelbaar veroordeelen van gepleegde normovertreding. Kant's intransigente vergeldingsstraf wordt

---

1) Door D. H. KERLER, Nietzsche und die Vergeltungsidee, p. 34.

2) Die Aufgaben der Strafrechtspflege, en: Die Strafrechtsreform in ihrer staatsrechtlichen und politischen Bedeutung.

3) Reform der Freiheitstrafe, p. 42 en 56—57.

4) Een uitzondering vormen de Nederlandsche Calvinistische vergeldingstheoretici.

door ongeveer niemand meer voorgestaan. Terecht zegt von Liszt [1]: „Der Vergeltungsgedanke ist von seinen modernen Vertretern zur Generalprävention abgeschwächt worden"; en spreekt Saleilles [2]) van: „une doctrine.... dans laquelle chacun, même parmi ceux qui en sont les partisans les plus accentués, apporte une brêche nouvelle et un peu différente des autres; si bien que, si on la considérait surtout dans les exceptions ou les réserves dont on l'entoure, il n'en resterait plus qu'une oeuvre de fiction sans réalité pratique."

En het strafrecht, dat de tegenwoordige classieken willen? Dat houdt vele veiligheidsmaatregelen in — mits slechts, als zijnde speciaal preventief, en als ressorteerende onder de politie en niet onder de justitie, nauwkeurig van de straf onderscheiden en gescheiden; het houdt bizondere bepalingen in voor jeugdige misdadigers en voor recidivisten; en de classieken werken samen met de modernen op penitentiaire congressen, in de kinderbescherming en in den reclasseeringsarbeid.

Bovendien: meer en meer worden in de moderne wetboeken de bepalingen omtrent het strafstelsel uitgebreid, meer en meer al wat terugvallen tot misdrijf niet alleen, maar ook wat éérste misdrijf kan voorkómen (staatszorg voor verwaarloosde kinderen en d.g.l.) binnen het bereik van het recht getrokken [3]).

1) Lehrbuch § 16, 3.

2) l'Individualisation de la Peine, p. 59.

3) V.g.l. G. A. VAN HAMEL, Inleiding tot de Studie v. h. Ned. Strafr. (2de dr.) p. 3: „.... meer en meer wordt het zwaartepunt gelegd niet in speciale rechtsgevolgen, maar, meer algemeen, in de bestrijding van het onrecht, en zal daarbij vanzelf de gelijkwaardigheid van velerlei bestrijdingsmiddelen, waaruit de rechter dan te kiezen heeft, worden erkend. Zoo zal de straf haar exceptioneele positie verliezen en zal wat nu straf-

Meer en meer worden in wetten of ontwerpen daartoe bepaalde categorieën van misdadigers (met name de jeugdige personen en de z.g.n. minderwaardigen of verminderd toerekenbaren) aan afzonderlijke, voornamelijk opvoedende en behandelende maatregelen onderworpen.

In drie nieuwe ontwerpen van strafwetboeken, het Zwitsersche, Oostenrijksche en Duitsche, waarvan met name de twee laatsten allerminst van moderne zijde uitgingen, worden een groot aantal veiligheidsmaatregelen voorgesteld [1]), somtijds met de (door de zuivere classieken sterk aangevallen) bepaling, dat zij voor de korte vrijheidsstraf mogen in de plaats treden („vikariiren") en dus deze niet meer in alle gevallen aan opzending naar werkinrichting of dergelijke behoeft vooraf te gaan.

Meer en meer verdwijnen de ipso jure onteerende straffen, hetgeen inhoudt dat meer en meer de beoordeeling van het abstracte objectieve feit plaats maakt voor beoordeeling in concreto, voor een herleving der oude opvatting: „jus in causa positum".

En — daargelaten hoe in het algemeen in de practijk der rechtspleging en straftoemeting zich óók al deze invloeden weerspiegelen — kan in dit verband gewezen worden op het vraagstuk van „den psychiater in strafzaken";

---

recht heet, met den naam deliktsrecht of misdaadsrecht beter worden aangeduid".

1) De in die ontwerpen voorkomende veiligheidsmaatregelen, welke betrekking hebben op den persoon van den dader, zijn: Inrichting voor krankz. misdadigers § 36 Österreich. Vorentw.; inr. voor verm. toerek. § 37 Ö. V. E.; zeer lange straf voor recid. § 38 Ö. V. E.; „Ausweisung" van buitenlanders § 42[IIb] Deutscher V. E. en § 40 Ö. V. E.; „Polizeiaufsicht" § 39 Ö. V. E.; „Arbeitshaus für Liederliche u. Arbeitsscheue" § 42 D. V. E. en art. 32 Schweiz. V. E.; „Wirtshausverbot" § 43 D. V. E. en art. 45 Schw. V. E.; „Trinkerheilanstalt" § 43 D. V. E. en art 33 Schw. V. E.; „Verwahrung von Gewohnheitsverbrechern" art. 31 Schw. V. E.; „Fürsorge für vorläufig Entlassene" art. 35 Schw. V. E.; „Friedensbürgschaft" art. 46 Schw. V. E.

want ook dit verschijnsel is symptoom van de neiging tot beoordeeling in concreto; terecht verklaarde mr. J. A. van Hamel [1]) het verschijnsel in hoofdzaak uit de gebrekkigheid van het geldende strafstelsel voor het moderne inzicht.

En tenslotte moeten hier worden genoemd de talrijke wetten en ontwerpen, in de laatste ± 30 jaren in speciaal-preventieven en vóórzorgenden zin tot stand gekomen [2]).

Wat beteekent dit alles? Dat de classieke richting niet meer is wat zij was; dat zij zelve in hooge mate „aangetast" is door de stroomingen van haar tijd, zóó, als het iedere conservatieve richting gaat, die meent op ouden bodem te staan en het in waarheid nooit geheel doet. Allerminst wil het zeggen (en zoo wordt het wel eens van

1) Ter vergadering der Ned. Juristenvereeniging 1911.

2) Eenige der belangrijkste daarvan zijn de volgende:

1871: Engeland: Prevention of Crime Act.
1878 en 1880: wetten in Massachusetts: voorw. veroord.
1887: in Engeland: Probation of first offenders act; voorw. veroord.
1888 (31 Mei): België: art 9: voorw. veroord.
1889: Oostenr. ontwerp voorw. veroord.; niet wet geworden.
1889: Noorweegsch ontwerp.
1890: Frankrijk: ontw. wijziging Code Pénal art. 67.
1891: Frankrijk: loi Bérenger; voorw. veroord.
1891 (27 Nov.): België, wet v. Le Jeune; maison de réfuge voor gelegenheidsmisdad., maison de mendacité voor gewoontebedelaars en -vagebonden.
1893: Frankrijk, voorstel Duvenge tot wijziging artt. 269—283 C. P. en interneering van arbeidsschuwen gedur. 2—4 j.
1893—94: Zwitserland, ontw. Stooss; art. 47 voorw. veroord.
1896: Noorwegen: wet betr. verwaarl. kinderen.
1901: Nederland, Kinderwetten.
1907: Engeland: herziening der Probation of Offenders Act.
1908: Engeland: herziening der Prevention of Crime Act.
1908: Engeland: Childrens Act.
1909: Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch.
1909: „ „ „ Österreichischen „
1909: „ „ „ Schweizerischen „
1911: Nederland, ontw. vermind. toerek.

classieke zijde geïnterpreteerd) dat tot al wat goed is in de Nieuwe Richting de Classieke School wel uit zichzelve gekomen zou zijn. De classieke richting is niet iets opzichzelf staands; zij is iets ànders bij de Fransche Aufklärer dan bij de Duitsche philosophen, èn nog iets anders in de neo-classieke wetboeken van vóór ± 1885, en wéér iets geheel anders in onzen tijd; immers haar verschijningsvorm is telkens afhankelijk van den tijdgeest, en die draagt heden ten dage nu eenmaal sterk den stempel der Nieuwe Richting.

Wèl is het wettenstrafrecht der classieken nooit het absolute vergeldingsstrafrecht van Kant geweest; wel hebben er voor hun strafbaarstellingen, strafverzwaringen of strafverminderingen àndere criteria den doorslag gegeven dan alléén de mate van zedelijke schuld; (men denke aan de „Erfolgshaftung" bij tal van delicten; aan het ten nadeele van een beklaagde pleiten van gewoonte van misdrijf, terwijl dit uit zuiver vergeldingsoogpunt juist verzachtende omstandigheid zou moeten zijn; aan verschillende óók reeds in de oudere wetboeken met het kennelijk doel van voorkómen van misdrijf opgenomen bepalingen [1])); maar de áándacht op systematisch georganiseerde voorkóming van misdrijf is door de Nieuwe Richting gevestigd. De Nieuwe Richting uit dezen ontwikkelingsgang eenvoudig te willen wegdenken is even zonderlinge historische willekeur, als te meenen, dat de sociale wetgeving der laatste twintig jaren ook wel tot stand ware gekomen „als er eens geen sociaal-democratie ware geweest", of dat de voor de vrouw gunstiger bepalingen der nieuwste wetten „bewijzen, dat ook zonder het feminisme de toestand der vrouw wel verbeterd wordt".

---

1) Vergelijk THOMSEN, Gesetzgeberische Bekämpfung neuzeitlicher Delikte, Heidelberg 1911; en REDWITZ, die sich. Massn. im Dt. Str. Ges. Buch.

De classieke richting is wereldlijk geworden, is sociaal-voorzorgend geworden; alleen legt zij nog in meerdere mate den nadruk op de proportionaliteit, op het gepleegde feit, op de zedelijke verantwoordelijkheid, op de generale preventie, dan de moderne groep dit doet.

Eigenaardig is hierbij echter het volgende.

Voorzorgende maatregelen worden genomen voor jeugdige misdadigers en krankzinnige misdadigers en worden voorbereid voor verminderd toerekenbare misdadigers. Voor de volwassenen en „geestelijk gezonden" echter wordt de straf gedicteerd in dagen, maanden, jaren opsluiting of in een bepaalde boetesom, volgens het oude vergeldingsbeginsel.

Tegenover den normale geldt dus een ander strafbegrip dan tegenover den abnormale.

Wèl zegt men: volgens het oude strafbegrip straft men ontoerekenbaren immers niet, toerekenbaren wel. Maar in waarheid is bij bovengenoemde gradueele regeling, waarbij volstrekt niet meer alleen òntoerekenbaren betrokken zijn, reeds zóó aan het oude strafbegrip getornd, dat het niet anders is dan overblijfsel, wanneer daarnaast voor één kleine categorie, de gehéél gezonden (neemt men dat strict, dan is het een zéér kleine categorie), aan de oude strafgronden en strafwijze wordt vastgehouden. Bij al de vele, vele graden van verminderde toerekenbaarheid — waaronder tenslotte, al zal dat voorloopig niet zoo worden geïnterpreteerd, ieder nerveus mensch valt — zal vonnis kunnen worden gewezen naar de eischen van sociale veiligheid en individueele zorg; maar nog één graad verder, bij den misdadiger bij wien geen nerveuze afwijking meer duidelijk aanwijsbaar is, zal worden recht gedaan volgens den graad van schuld zooals die zich uit in de gepleegde daad?

Het oude strafbegrip is in den loop der laatste eeuw onder onze handen bezig te verdwijnen. Maar waar, zooals steeds, de theorie langer bleef dan de practijk, daar gebeurt dit alles nog zooveel mogelijk onder de oude etiquetten, de oude namen. En, zooals óók meer gebeurt: voor ééne laatste categorie blijft het oude gehandhaafd: voor de volwassen geestelijk gezonden of hen die daarvoor gehouden worden.

Anderzijds moet erop worden gewezen, dat in het moderne strafrecht, zooals dat b.v. tegenover kinderen is ingevoerd en tegenover verminderd toerekenbaren staat ingevoerd te worden, en zooals dat in sommige andere landen tegenover gewoonte-misdadigers wordt toegepast, niet (gelijk het van classieke zijde veelal wordt voorgesteld) de straf vervangen is door een willekeurigen maatregel. Inzooverre daar steeds voorwaarde voor straftoepassing is een gepleegd feit, en inzooverre in den te nemen maatregel steeds een zeker „Unwerturteil", een zekere afkeuring is uitgesproken, is in deze moderne straffen niet de straf genivelleerd tot een anderen maatregel. Of desondanks tòch het strafkarakter eraan ontbreekt, zooals de oude school volhoudt, daarover later.

Op één ding mag echter de aandacht worden gevestigd: dat, zooals steeds twee strijdende partijen doen, de Nieuwe Richting aan de oude „in de schoenen schuift" de geheele droevige werkelijkheid van criminaliteit en recidive, (zie het bovenaangehaalde woord van v. Liszt over de „letzte, reifste Frucht der vergeltenden Gerechtigkeit"!), terwijl daartegenover de Oude Richting meent, de eischen der Nieuwe wederlegd te hebben wanneer zij heeft aangetoond, dat óók de nieuwe regeling hare bezwaren heeft — dat de voorwaardelijke veroordeeling een moeilijk te hanteeren

instituut is, enz. Terwijl toch in het algemeen àlle menschelijke maatregelen onvolmaakt zijn en iedere tijd en iedere regeling hare schaduwzijden meebrengt!

— Zoo is in talrijke practische verschijnselen van onzen tijd een omvorming van het schuld- en strafbegrip te onderkennen.

Daarnaast echter staat een andere tijdsstrooming: de meer philosophische, die zich uit in het weder opleven van descriptieve beschouwingen over het wezen der rechtsverschijnselen, en die opnieuw naar beginselen vraagt. Zoo zien wij gedeeltelijk een opnieuw teruggaan tot de groote philosophische systemen van het begin der 19de eeuw en het omvormen daarvan in modernen geest (neo-Kantianisme en vooral neo-Hegelianisme); daarnaast meer geheel-modern getinte, hetzij overwegend natuurwetenschappelijk, hetzij overwegend litterair karakter vertoonende philosophieën. Hoofdverschil met de groote oudere wijsgeerige stelsels — vooral op het gebied van maatschappelijk- en rechtsleven — is hierbij, dat thans het beginsel niet wordt gededuceerd als logische gevolgtrekking op grond van West-Europeesche gegevens, stilzwijgend als de éénige aangenomen, maar wordt gevonden als het algemeene dat bij inductief-sociologisch en -psychologisch onderzoek vanzelve te voorschijn komt.

En van hieruit schijnt langzamerhand ook het aanknoopingspunt te worden gevonden aan menige van de oude normen, die aanvankelijk hadden geleken geheel ter zijde te moeten worden geschoven.

Zoo de vergeldingsgedachte — aanvankelijk geëlimineerd en verfoeid als overblijfsel van egoïste en onbewuste wraak — later door v. Liszt en Kohlrausch erkend als een onontkoombaar bestanddeel van iedere reactie tegen onrecht.

Toch is hierbij het verschil tusschen oud en nieuw gróót;

en het fijnst vinden we dat geformuleerd in Ed. Kohlrausch' verhandeling „Über descriptive und normative Elemente im Vergeltungsbegriff des Strafrechts" [1]). Waar deze zich met de woorden: „Merkel hat tiefer und schöner als irgend einer gezeigt, dass die Strafe Vergeltung ist und sein wird, aber er hat in Wahrheit gar nichts dafür vorgebracht, dass sie Vergeltung sein soll", richt tegen hen, die op grond van Merkel's fijne uiteenzettingen omtrent het vanzelvevergeldend karakter der straf de vergelding als maatstaf van bestraffing voor de toekomst willen behouden en het vergeldingsdoel vooropzetten, daar is door Kohlrausch implicite gegeven de beschouwing, dat de vergelding, uitteraard element der straf zijnde, ook in iederen strafmaatregel, onverschillig of die vergelding dan wel opvoeding en beveiliging bedoelt, zal zijn weer te vinden.

In gelijke richting wijst eene uiting van Merkel zelve, waar hij [2]) op het onderscheid tusschen het vergeven en het ignoreeren eener normovertreding wijst. Omdat alleen het láátste aan de autoriteit van wie den norm stelde afbreuk doet kan men zich denken, dat óók eene niet allereerst op reprobatie, maar op zorg en behandeling ingestelde straf (die dus tegenover de schuld van den dader een niet ignoreerende, maar betrekkelijk vergevende houding aanneemt) in vrij groote mate aan de behoefte óók van generale preventie voldoen zou.

Ten slotte zijn in dit verband te denken inzichten als die van Tesar [3]), die het misdrijf strafbaar oordeelt als

---

1) In: Zur Erinnerung an Immanuel Kant; Abhandlungen aus Anlass der 100. Wiederkehr seines Todestages hrg. von der Univ. Königsberg; 1904; p. 269 sqq.

2) MERKEL, Vergeltungsidee u. Zweckgedanke im Strafrecht, p. 22.

3) TESAR, Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens; Berlin 1907; in: Abhandl. d. krimin. Seminars a/d. Univ. Berlin.

s y m p t o o m van de misdadige persoonlijkheid, en van Grispigni [1]), die in de nieuwste ontwerpen reeds een duidelijken aanloop ziet tot een strafrecht, dat de toerekenbaarheid alleen als middel tot classificeering der misdadigers zal beschouwen, dat in de dáád slechts het symptoom der misdadige persoonlijkheid ziet, en dat geen wezenlijk onderscheid tusschen straf en veiligheidsmaatregel [2]) meer zal maken. „Beide vereinigen sich in dem Begriff der „K r i m i n a l s a n k t i o n", für die immer der Grundsatz gilt: nulla poena sine crimine." Daartegenover staan „die übrigen Massnahmen, die v o r der Begehung des Delikts . . . zur Anwendung kommen," . . . en die het „präventive Kriminalrecht" zouden vormen.

Gezien in verband met wat eraan voorafging, kenmerkt zich dus de Nieuwe Richting eenerzijds door verwantschap met de leer der moderne staatsinmenging, door sociaal ingrijpen ter bescherming der maatschappij tegen den gevaarlijke en van dezen tegen zichzelve. Inzooverre vormt zij een reactie tegen de abstracte vrijheidsleer van het einde der 18de eeuw. — In ander opzicht houdt zij verband met tegenwoordige subjectivistische stroomingen; dit uit zich vooral in hare s c h u l d opvatting, die innerlijker is — niet zoozeer in het oog vat de schuld van één oogenblik, als den geheelen zielstoestand — en den mensch als gehéél ziet; en denzelfden trek vinden we in het verdwijnen der formeele, scherpe grenzen tusschen toereken-

1) Grispigni geeft in Zeitschr. ges. Str.wiss. XXXIII p. 107 vlgg. zelve een Duitsch referaat over zijn werk: Il nuovo diritto criminale negli avamprogetti della Svizzera, Germania ed Austria; tentativo di una interpretazione sistematica del diritto in formazione. (Milano 1911).

2) Bedoeld is hier altijd de veiligheidsmaatregel in engeren, technischen zin, die, zooals boven reeds is vermeld, in de moderne ontwerpen steeds aan één gepleegd feit vastknoopt.

baren en ontoerekenbaren. Zoo heeft de nieuwe richting een bij uitstek sociale èn een bij uitstek humanitaire zijde, die somtijds, maar lang niet altijd, tegenover elkander te stellen zijn.

Waar we dus in het geheel der nieuwe strafrechtsbeweging stroomingen zich zien uiten, die in de geheele overige cultuur reeds lang tot geldigheid zijn gekomen, daar staan we dus hier wederom voor hetzelfde verschijnsel, waarvoor we in den loop der geschiedenis reeds meermalen stonden: dat de cultuurbewegingen zich pas láát op strafrechtsgebied uitstrekken; en: dat, wat schijnt eenvoudig een strijd tusschen twee richtingen te zijn, in waarheid beoogt een trekken van dat strafrecht op het niveau der overige cultuur. „Auf allen Rechtsgebieten hat sich der Fortschritt vom Rechtsstaat zum Kulturstaat vollzogen. Das Strafrecht ist in dieser Entwicklung zurückgeblieben. Im letzten Grunde handelt es sich für das Strafrecht heute darum, diesen Fortschritt zu betätigen. Sozialutilitarismus und Idee der Sozialgefährlichkeit des Verbrechers ergeben die illusionäre Begründung, mittels deren die Kulturstaatsidee auch im Strafrecht verwirklicht wird [1]).
— Wij zagen dus de Nieuwe Richting in haar lateren tijd menigen ouden band weer aanknoopen, menige oude wijsheid weer opnemen, maar op nieuwe wijze. Het oude, steeds gewenschte verband tusschen misdrijf en straf werd niet teniet gedaan, maar werd op fijner, subjectivistischer wijze opnieuw geknoopt, in een vergelding, die „Qualität und Intensität der verbrecherischen Gesinnung berücksichtigt" [2]). Het recht der persoonlijkheid bleef erkend, nu niet als een abstract recht op onaantastbaarheid, maar als recht op de behandeling die haar adaequaat is. Wat

1) BEROLZHEIMER, System d. Rechts- u. Wirtsch. phil. V, p. 228.
2) VAN CALKER, in: Zeitschr. ges. Str.wiss. XXX, p. 286.

in de lange eeuwen der ontwikkeling van het strafrecht langzaam verkregen was: de humane behandeling óók van den schuldige, de erkenning óók van diens menschelijkheid, (erkenning die aanvankelijk door abstracte regels beschermd moest worden), is bewaard gebleven en nog verdiept.

Daarnaast echter is er een complex van normen en rechtsbeschouwingen — en wie weet, misschien is dit het gróótste — dat eenvoudig van vroeger meeovergenomen is. Zoo heeft de nieuwe richting wel front gemaakt tegen abstracte onderscheidingen; zij heeft dit beginsel inderdáád toegepast en uitgewerkt op sommige gebieden, b.v. op dat van daderschap en deelneming, waar zij wil dat hier naar de in concreto aanwezige mate van schuld zal worden geoordeeld; bij het overgroote aantal strafrechtelijke leerstukken echter hebben ook aanhangers der nieuwe richting met die der oude vele, en veelal verdienstelijke, uitwerkingen gegeven van de bekende juridische onderscheidingen, zooals die tusschen poging op deugdelijk of ondeugdelijk object; van de oude juridische vragen, zooals die van de causaliteit van het laten, van de plaats der handelingen bij persdelicten ingeval een werk op twee plaatsen is uitgegeven — — —

Niet dat dit ware af te keuren; óók niet dat het ware te citeeren als bewijs voor de onhoudbaarheid der nieuwe richting en van hare methode; het bewijst alleen nogmaals, dat, wat eenmaal was, voortduurt, en dat ieder hervormer voor een overgroot gedeelte gebonden is aan den tijd die hem voorafging; en wie ziet hoe dit onontkoombare wet is, kan hier eenerzijds alleen betreuren hoe oneindig lang vroegere zeden en opvattingen als een druk blijven liggen op generaties die er in waarheid reeds aan ontgroeid zijn, anderzijds gerustgesteld zijn in dit weten, dat, wat eenmaal verkregen is, niet licht en niet snel weder verloren wordt.

— Zoo kunnen we de Nieuwe Richting in verhouding tot het verleden zien eenerzijds als vervulling, anderzijds als vervorming, en in menig opzicht ook als eenvoudig nieuwe elementen plaatsende náást de oude, die ze — zij het ook tegen haar wil — onaangetast laat.

Voor òns lijkt zij nog zich voornamelijk te richten tegen den geest van Aufklärung en Classicisme; voor wie verder afstaat zal zij waarschijnlijk niet anders blijken dan één schakel in de reeks van bewegingen dier tijdperken, die een kentering in de strafrechtsgeschiedenis, een omvorming van het strafbegrip gebracht hebben — zooals de tijd van het ontstaan der staatsmacht — die van het compositiestelsel — van het Kanonieke Recht — van de Aufklärung — en wellicht andere — en die allen niet een willekeurige omwenteling brachten, maar een ontwikkeling.

Niets blijft gelijk, en óók niets verandert volkomen; alles ontwikkelt zich organisch.

En zoo openbaart zich de continuïteit niet ondanks, maar in de revoluties.

III. SLOTBESCHOUWINGEN OVER WEZEN EN WAARDE DER NIEUWE RICHTING.

Bij historische beschouwing van den ontwikkelingsgang van het West-Europeesche strafrecht bleek allereerst, dat de voortbeweging van het strafrecht zich voltrekt als *slingerbeweging*, dat iedere omwenteling van strafrechtelijke opvattingen zich allereerst voordoet als reactie tegen bestaande, vèr-doorgevoerde dogmata en zoomede schijnbaar als terugkeer tot den toestand dáárvoor, waartegen die thans geldende dogmata eenmaal zèlve reactie waren geweest. Met name slingerden de heerschende opvattingen der verschillende tijden tusschen neiging tot bepaling der strafmaat *in juiste proportie tot het gepleegde feit*, èn tot vaststelling der straf in concreto *in verband met een toekomstig doel*; — waarnaast ook allerlei tusschenschakeeringen voorkwamen, zooals b.v. een streven om de generale preventie tot essentiale der straf te maken, bij welk beginsel weliswaar het *objectieve feit*, maar dit juist in verband tot een te bereiken *doel*, op den voorgrond staat.

In de tweede plaats echter bleek het, dat er behalve deze slingering tusschen — om het nu maar kort en onzuiver te formuleeren: — vergeldingsstraf en doelstraf, nog een ànder proces plaats had: dat er een voortdurende *verandering* van het strafbegrip was waar te nemen, dat óók die doel- of vergeldingsstraf telkens in ànderen

vorm optrad. Iedere tijd deelde zijn bizonder karakter aan de verschijnselen op strafrechtsgebied mede. En zooals van alle cultuurverschijnselen van vroeger wel veel weggezonken en vergeten is, maar toch onafwijsbaar iets als aanwinst nablijft in het volgende, zoo zijn ook het schuld- en het strafbegrip verrijkt en veelzijdig geworden door wat er van de bizondere hoofdkaraktertrekken der verschillende tijden in achterbleef. Géén „nieuwe richting" geen cultuurbeweging van vroeger zijn ooit spoorloos aan het strafbegrip voorbijgaan. Wat in een tijd hóófdmoment, in zijn theorieën hóófdzaak was, blijft na als een bestanddeel onder vele andere en is niet verloren, al kan het tijdelijk overschaduwd worden, en al is zulk een element van vroeger nooit duidelijk aanwijsbaar, omdat het immers factor is van een product, een geheel, en niet als afzonderlijkheid bestaan blijft.

Zoo zagen we dus in verband met staatsrechtelijke, economische en algemeene cultuur-toestanden en -theorieën de straf zich ontwikkelen tot wat zij nu is.

We zagen haar groeien uit een reactie-daad, die zich nog nauwelijks op den werkelijk schuldige richtte, tot een individueele straf vol fijne schuldonderscheidingen. We zagen den gedeeltelijk door emotie, gedeeltelijk door gewoonte bepaalden terugslag overgaan in een maatregel, vastgeknoopt aan tal van doeloverwegingen. We hebben gezien hoe de vervolging van het onrecht overging van den gelaedeerden enkeling en diens familie op den in meerdere mate onpartijdigen Staat. We weten, dat, terwijl in primitief recht steeds het objectieve feit, de uiterlijke daad, en in primitief procesrecht steeds de vorm op den voorgrond staat, in later ontwikkeling meer en meer de aandacht voor de innerlijke gezindheid en de motieven van den dader, evenals de materieele waarheid van het concrete geval naar

voren komt. We zagen hoe, terwijl oorspronkelijk de misdadiger geheel-en-al wordt uitgestooten, hij later meer en meer beschouwd wordt als déél der samenleving, voor wien die samenleving mede verantwoordelijk is, dien zij menschwaardig heeft te behandelen. We zagen het strafstelsel veranderen van doodslag en vredeloosheid tot geldboete, van geldboete tot lijfstraffen, vandaar tot vrijheidsstraffen; die laatsten zelven wijzigden zich, van maatregelen ter bewaring, in maatregelen die opvoeding beoogden (en wel éérst volgens Puriteinsche opvattingen opvoeding en bekeering in eenzaamheid, later opvoeding voor de maatschappij), maar die, wat uitvoering van dat streven betreft, nog slechts in het begin staan.

Beteekent dit alles nu, — en zoo worden deze feiten somtijds geïnterpreteerd — dat de ontwikkelingsgeschiedenis der straf juist uitloopt op datgene wat de Nieuwe Richting voorstaat? Neen, dàt doet het niet. We kunnen niet van één afzonderlijke richting zeggen, dat háre denkbeelden de historische lijn voortzetten. De geschiedenis loopt nooit uit op verwezenlijking van een partijprogram.

Maar wèl maakt het iets anders duidelijk. Namelijk dit. Dat wat wij thans straf noemen, ontzaglijke veranderingen hééft doorgemaakt, veranderingen minstens even belangrijk, neen tienmaal belangrijker dan die wij thans zich zien voltrekken.

En meent men dan, dat de evolutie der straf heeft opgehouden toen zij zich tot Staatsstraf tegen den individueel schuldige had ontwikkeld, en dat ze nu voortaan steeds zichzelve gelijk behoort te blijven? Meent men aan de „historische lijn" vast te houden, door in angstvallig conservatisme ieder voortzetten van die lijn te willen afsnijden?! —

Of wil men „straf" slechts noemen, wat aan bepaalde eischen voldoet, en daarmee alle primitieve reactie op on-

recht, èn alle „Schutzstrafe", gelijkelijk buiten het gebied van het strafrecht verklaren, om, wanneer men het begrip „straf" dusdanig beperkt heeft, te loochenen dat het zich in wezen gewijzigd heeft en verder wijzigen zal?

Deze laatste vraag is er eene van terminologie. Toch is zij niet onbelangrijk. Want in de velen, die hunne definitie der straf (de definitie der classieke school) vooropzetten, en dàn de moderne richting tarten om te bewijzen dat háre maatregelen óók aan dàt strafkarakter beantwoorden, in de velen, die weigeren de maatregelen der primitieve volkeren als „straf" te beschouwen, vinden we wederom een symptoom van het tijdvak, dat met definities en etiketten de organisch geworden cultuurverschijnselen tracht te splitsen en te regeeren.

„Definierbar ist nur, was keine Geschichte hat". Voorzoover de straf wèl een geschiedenis heeft, voorzoover zij geworden is zonder dat er ooit een grens tusschen oerstraf en staats-straf is aan te geven, mag men nooit op grond van de definitie, in één bepaald tijdvak geworden, aan nieuwe mogelijkheden haar recht ontzeggen.

Wèl mag men natuurlijk tot wetenschappelijke doeleinden, tot betere onderscheiding der tijdvakken, enz., definitiën gebruiken, en „straf" alleen dien maatregel noemen die aan bepaalde van te voren genoemde criteria voldoet: — b. v. van den staat uitgaat en den verantwoordelijk geachten schuldige treft in verband tot een door hem gepleegd feit, dat van te voren strafbaar gesteld is. (Men weet: aan het láátste criterium beantwoordt alléén het Europeesch strafrecht der 19de eeuw!!). — Maar niet kan een zoodanige definitie normatief gebruikt worden, zonder dat men haar beteekenis geweld aandoet.

Dàt de Classieke School dit doet, is even begrijpelijk als het is, dat de Nieuwe Richting meent de geheele straf-

ontwikkeling nu juist op háár idealen te zien uitloopen. Inzooverre beiden aldus redeneeren, zijn beiden partijen en als zoodanig belangrijk, maar heeft wat zij verklaren geen philosophische of historische houdbaarheid.

Eigenaardig echter is, dat juist de Classieke School in hare beste vertegenwoordigers de Nieuwe Richting wèl toetst aan die houdbaarheid harer theorieën, en nog wel als maatstaf nemend de uiterste consequentie dier theorieën, zóó als die door slechts zeer weinigen of geen enkele der modernen getrokken is.

Zij meent hiertoe het recht te hebben [1]), want — zoo zegt zij: — „als men eenmaal het beginsel van proportionaliteit van daad en straf prijsgeeft en hoofdzakelijk met de utiliteit voor de maatschappij eenerzijds, de gezindheid van het individu anderzijds rekening houdt.... **waar is dan de grens**?"

Dit is het argument, dat den modernen, tegenover iedere aanklacht hunnerzijds omtrent de nutteloosheid, dikwijls wreedheid, der „evenredige" straf wordt tegengeworpen. Gaf men den eisch van proportionaliteit op, dan zou men „terugvallen" in een tijdperk van „arbitraire" willekeur, waarin de, in de classieke philosophie eindelijk verworven, eerbied voor de Persoonlijkheid van den enkeling weer zou verloren gaan. Immers die eerbied voor de persoonlijkheid — waardoor het strafwetboek tot „magna charta" van den misdadiger werd, volgens von Liszt's beroemde formule — eischte, dan den dader van een normovertreding niets meer of

---

1) Aldus o.a. zeer geprononceerd: OETKER, Gerichtssaal LXXVI, p. 3—4; BIRKMEYER, Studien zu dem Hauptgrundsatz d. mod. Richtung, passim; Id. Was lässt v. Liszt vom Strafr. übrig? p. 3 en 92; MERKEL, Vergeltungsidee und Zweckgedanke, p. 34; VAN DER MEY, Een studie over de grondslagen der zgn. „nieuwe richting" in de strafrechtswetenschap, p. 64 noot 1 en 67; TUMMERS, de „nieuwe" richting in de str. wetenschap critisch beoordeeld, p. 115 vlgg. — Ook de populaire beoordeeling beweegt zich in die richting.

minder zou wedervaren dan de maat vàn zijn overtreding zelve.

Toch is deze geheele grens-moeilijkheid als theoretische moeilijkheid, die speciaal voor de moderne richting zou gelden, even illusoir, als ze als practische moeilijkheid (d. w. z. als moeilijkheid om te bepalen of een concreet geval aan deze of gene zijde der grens ligt) voor ieder beginsel schrijnend is.

Vooreerst omdat diezelfde tegenwerping: waar is dan de grens? met hetzelfde recht tegen de oude richting te maken is, evenals in het algemeen tegen iedere consequent doorgevoerde theorie.

En wanneer de oude richting daartegenover staande houdt, dat zij in haar stelsel van evenredigheid van misdrijf en straf toch zelve reeds een grensbepaling bezit, dan berust dit op een verwaarloozing van vele factoren. Niet alleen om de van moderne zijde herhaaldelijk aangevoerde onvindbaarheid van die evenredigheid in concreto; maar ook omdat — zelfs al acht men die evenredigheid wèl in voldoende mate te vinden — juist door die proportionaliteit zèlve aan een andere behoefte weer wordt onrecht gedaan: zoowel aan die van rekening houden met de gezindheid van den dader, als aan die om de utiliteit der gemeenschap indachtig te zijn, welke beiden eischen een niet-in-abstracto en niet-a-priori bepaalden maatstaf van straftoemeting.

„Waar is" dan wel „de grens" in dit opzicht bij doorgevoerde classieke richting? In de theorie óók nergens (men zie slechts Kant's strafrechtstheorie); in de werkelijkheid echter (en dus óók in de theorieën die zich aan de verscheidenheid van factoren dier werkelijkheid aanpassen) is de grens dáár, waar het summum jus tot summa injuria wordt. Niet alsof die grens nooit in een concreet

geval zou zijn overschreden! Maar waar ze dat doorloopend wordt gedaan, daar ontstaat er een reactie; en die reactie is thans gekomen in den vorm van de nieuwe richting. Alle scherp- en diepzinnige betoogen van de classieken [1]) kunnen niet te niet doen het feit, dàt die nieuwe richting ontstaan en gegroeid is, en hiermee, véél meer dan met haar betoogen, het bewijs heeft geleverd dàt er een kracht in andere richting noodig was. En: „de Wereldgeest heeft altijd gelijk"; „die Weltgeschichte ist das Weltgericht!"

Zoo is de nieuwe richting er gekomen, en heeft invloed verworven in wetgeving en wetstoepassing, en staat misschien nog in invloed toe te nemen. En nu verder? Staan wij nu nu voor een ongelimiteerd gevaar van inhechtenisneming van iederen gevaarlijke enz. enz.?

— — Heeft dan ooit ter wereld eenige theorie in de practijk eigen uiterste gehandhaafd?! Het woord van Mirabeau: „Un Jacobin ministre n'est pas un ministre jacobin" heeft een diepen zin; het behelst volstrekt niet een aanklacht tegen ontrouwe volksleiders; het is een

---

1) En de betoogen van het behoud zijn ook hier, evenals ten allen tijde en op ieder gebied, over het algemeen diepzinniger dan die der vooruitstreving. Waarschijnlijk omdat de practijk van de vroegere periode tijd heeft gehad om te bezinken tot theorie; omdat de fijnste theoretische abstracties uit een werkelijken toestand uitteraard in de eindperiode van dien toestand verschijnen —; terwijl de vooruitstreving steeds, doordat zij minder „ervaring" èn minder abstractie uit ervaring tot haar beschikking heeft, tegenover het behoud in diens beste vormen als minder philosophisch en minder bezonken schijnt te staan. Steeds wordt dan vergeten, dat de bezonkenheid en diepte van het behoud (nogmaals: van het behoud in diens edelste vormen) toch slechts omgrensd en beperkt, en zoo geen wàre bezonkenheid is. En vooral wordt daarbij vergeten, dat de philosophie van het behoud steeds niet anders is dan de abstractie uit de feiten van een bepaalde cultuurperiode, abstractie die op zichzelve zéér mooi en zéér belangwekkend kan zijn, maar nóóit een onmogelijk-verklaring van een àndere cultuurperiode, met een zich daaruit ontwikkelende àndere philosophie, kan inhouden.

erkenning, voor een bepaald geval, van den algemeenen regel, dat ieder die in de werkelijkheid werkzaam is, met een zoo oneindige veelheid van tegenstrijdige krachten en belangen heeft rekening te houden, dat daardoor vanzelf aan iedere theorie a. h. w. de punt wordt afgeslagen. Vandaar, dat iedere theorie, zoodra ze tot verwezenlijking komt, „concessies" doet, en het „gevaar" der nieuwe richting onmiddelijk begint te verminderen, zoodra het op practische toepassing aankomt: dan blijkt ook zij geen ongelimiteerdheid, geen grenzenlooze vooropstelling van algemeen belang of van individueel totaal-karakter te willen.

Is dit dan juist de afkeurenswaardige ondoordachtheid van de nieuwe richting (let wel: in haar eersten tijd) geweest, dat zij in theorie geen duidelijke grenzen aan haar toepassing gesteld heeft? Dat zij eerst in de practijk er vanzelve toe gekomen is, — a. h. w. gedrongen door de veelzijdigheid van het leven — terug te schrikken voor de zuivere consequenties harer oorspronkelijke leer?

Voorzoover men de waarde eener theorie statisch beoordeelt, d. w. z. naar hare eeuwige philosophische houdbaarheid, ja. Maar: van dat standpunt is géén philosophie ter wereld houdbaar, omdat ze — menschenwerk zijnde — àlle beperkt zijn; omdat géén ervan mede ten volle de mogelijkheden der ànderen opneemt; omdat — om bij onze voorbeelden te blijven — b. v. de classieke strafrechtstheorieën niet of nauwelijks gerekend hebben met de maatschappelijke veiligheid en met de algemeene psychische gesteldheid van den dader, en daarom geen philosophie leverden voor het nu aangebroken tijdvak.

Maar is dat van historisch standpunt de juiste waardemeter? Wat is de wereld zonder voortdurende opeenvolging van, in absoluten zin,ònhoudbare stelsels? Alles wat actie veroorzaakt, moet tijdelijk, eenzijdig,

onhoudbaar zijn. Dat is géén blaam, het mag slechts zijn een qualificatie van éëne — n. l. de actieve — zijde der houding van den mensch tegenover de omringende wereld en tegenover zichzelve.

Is het dan geoorloofd er der Nieuwe Richting speciaal een verwijt van te maken, dat zij, menschelijke theorie van een bepaalden tijd en dus als zoodanig eenzijdig en tijdelijk, — immers in de geschiedenis geroepen om één bepaalden kant der strafvraagstukken naar voren te brengen, — de teekenen van haar vergankelijkheid aan zich draagt, in zooverre als wij allen kunnen weten, dat er een tijd óók van reactie tegen háár uitloopers (hoe — in welken vorm — wanneer, is natuurlijk niet te benaderen) zal komen? In vroeger tijden eischte men van iedere nieuwe theorie die zich voordeed, dat zij er eene zou zijn die voor àlle tijden geldig was: men nam dit als vanzelfsprekenden eisch aan; in onzen sociologisch-historischen tijd neigt men er meer en meer toe, eene theorie hare waarde te laten ontleenen aan datgene wat zij, sub specie aeternitatis gezien, in den loop der ontwikkeling van het menschelijk geslacht als hare taak heeft vervuld [1]). Aan een àndere wijze van „statisch" beschouwen is daarmee geen afbreuk gedaan: het bewonderen van de belangwekkendheid van iedere theorie op zichzelve, als afgerond geheel, vermindert door deze historische beschouwing niet; evenmin als op eenig gebied het inzicht in de relativiteit der dingen de belangstelling voor ieder betrekkelijk en eindig verschijnsel schade doet.

Deze historische geesteshouding, die vol interesse naar

1) Zoo zegt ook BEROLZHEIMER, System der Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie Band V p. 228 over de omwentelende theorie in de strafrechtswetenschap zoowel in 18de als 19de eeuw: „Hier wie dort ist sie irrig in der Begründung, fortschrittlich und segensreich in den Folgerungen".

iedere theorie luistert juist omdat zij er gééne huldigt en hen dus niet bovenal critisch naar „waarheid" of „onwaarheid" beoordeelt, deze houding is zelve eigenschap van dezen tijd en als zoodanig bestemd weer voor een andere plaats te maken. Wellicht voor een, in jonger, gezonder tijden, weer sterker statisch oordeelen; waarvoor dan toch, naar wij hopen, ons barmhartiger tijdvak van „relativiteit" niet zonder vrucht zal zijn geweest. —

— En de grenzen dan? Die stelt de Werkelijkheid zelve; en ze heeft daartoe andere, en, het is waar, minder eenvoudige middelen, dan wij menschen wel zouden willen uitdenken. Die bestaan daarin, dat het te kort gekomene opstaat en, in antithese tot het voorafgaande, — meestal beide zichzelve wanende de eenig eeuwig juiste leer —, uitsluitend zijn rechten opeischt; — terwijl de resultante van die tegenwerkende krachten is een synthese, die zelve weer eerste term is voor een volgende soortgelijke evolutie, of wel zelve uiteenvalt tot àndere tegenstrijdige belangen, die dan op andere wijze weer tot synthese komen. En zoo voort tot in het oneindige — —

Dit is het, wat de historische beschouwingswijze, zoodra zij omslaat tot normatief beoordeelen der strijdvragen [1]) met betrekking tot eenige hoofdpunten van den strijd heeft op te merken. — Ten eerste, dat aan de vormen die de straf thans onder invloed der modernen begint aan te nemen, niet het karakter „straf" mag worden ontzegd, omdat de rechtsorde zich wijzigt, en omdat steeds iedere rechtsorde haar eigen middelen tot haar handhaving gehad heeft; en omdat, wil men het begrip „straf" niet beperken tot alléén de maatregelen die de classieke

1) Zie Inleiding, p. 12.

strafrechtsschool nam, men onder dat begrip moet samenvatten zoo uiteenloopende reacties en maatregelen, dat van een definitie van het strafbegrip geen sprake meer kan zijn. En omdat in al die verwordingen, die zóó belangrijk waren dat de oer-straf en de tegenwoordige uiterlijk nauwelijks een trek meer gemeen hebben, toch „de straf" niet „aangetast" is. — Evenmin als door één dier omvormingen de rechtsorde in een onverstoorde en onverstoorbare is herschapen, evenmin is ooit de rechtsorde door het veranderen van het strafbegrip ineengestort. — Ten tweede, dat, wil men objectief oordeelen, de Nieuwe Richting in het Strafrecht, evenals iedere nieuwe richting, niet te beoordeelen is naar haar uiterste consequenties. Dat zij te beschouwen is als factor in iets nieuws, als verschijnsel eener cultuurbeweging. En onbewust wordt dit laatste ook bijna steeds juist gevoeld, inzooverre het individueele partijkiezen méést niet geschiedt op grond van overwegingen omtrent de uiterste consequenties eener theorie, maar op grond van een sympathie of antipathie ten opzichte van de cultuur in de richting waarvan zij zich beweegt.

Voorzooverre men echter zuiver descriptief toeschouwt — en ook dit doet ieder mensch bij tijd en wijle — aanvaardt men de onredelijkheden óók der richting, die der andere haar onredelijkheid verwijt, als historisch noodzakelijk. De geheele wet van het verloop der practijk-wordende nieuwe richting vóóronderstelt den op misverstand gebaseerden tegenstand der classieken. En zoo ware óók eene historische beschouwing omtrent de waarde van behoudende richtingen in het algemeen te schrijven — —

Maar behalve de verhouding van classieke en moderne richting is er nog een andere vraag te overdenken voor

wie de tegenwoordige strooming in het strafrecht op één lijn stelt met alle andere nieuwe stroomingen, die ooit waanden hardheid, misbruik, ondoordachtheid te kunnen doen verdwijnen of tot een minimum beperken en die later bleken, geheel iets anders te hebben bereikt dan zijzelve hadden gewild.

Het is het probleem van de verhouding der nieuwe richting tot wat zij hielp tot stand brengen, en wat steeds anders is dan zij zich had gedroomd. Het probleem doet zich al voorgevoelen, wanneer thàns reeds ten opzichte van de drie nieuwe ontwerpen van strafwetboeken onder de modernen zelve de vraag zich voordoet, of dergelijke wetboeken, die in menig opzicht aan het oude vasthouden, maar ook menig belangrijk vraagstuk in modernen zin hebben opgelost, te beschouwen zijn als verwezenlijking van een gematigde synthese van oud en nieuw, dan wel alleen te aanvaarden zijn als „Abschlagszahlung", volgens de uitdrukking van von Liszt, op een volledige verwezenlijking der moderne eischen.

Nu spreekt het vanzelf, dat van te voren niets te zeggen is over de *mate*, waarin die eischen alsnog te verwezenlijken staan. Maar wèl is één ding zeker: — dat géén wetboek, géén in de practijk geldend recht, ooit volledig en eenzijdig de wenschen der nieuwe richting vervullen zal. Evenmin als tijdens de geldigheid van het Kanoniek Recht de oud-Germaansche opvattingen en gewoonten omtrent misdrijf en rechtspleging zijn opgeheven, evenmin als de Aufklärung de invloeden van de vele voorafgegane stadia heeft kunnen te niet doen, evenmin als wraak en afschrikking tegenwoordig als elementen uit den eisch naar straf zijn verdwenen, evenmin zal ooit een strafrecht gelden dat beantwoordt aan de eischen, die de Nieuwe Richting, *richting, beweging zijnde*, eenzijdig en zuiver stellen

moest. „Das concrete bei einer bestimmten Entwickelungsstufe bestehende Strafsystem", zegt Post [1]), „ist ein Niederschlag seiner ganzen ethnisch-morphologischen Entwickelung bis in die tiefste friedensgenossenschaftliche Zeit hinein, und dort, wo nicht die Gesetzgebung verrottete Zweige abhaut, ist es oft eine Rumpelkammer von Jahrhunderten und Jahrtausenden. Zu begreifen ist ein concretes Strafsystem immer nur genetisch. Es ist eine rein practische Bildung, welche Ueberreste aller Entwickelungsphasen eines ethnisch-morphologischen Gebietes in sich trägt. Diese zeitlichen Entwickelungsphasen liegen in jeder ethnisch-morphologischen Bildung räumlich nebeneinander gelagert, und allen diesen Schichten hat das Strafsystem gerecht zu werden. An dem Mangel der Erkenntniss dieser Sachlage sind unsere sämmtlichen strafrechtlichen Theorien gescheitert. Die Bussen und Strafen tragen auf den verschiedenen Entwickelungsstufen einen durchaus verschiedenen Charakter, und es kann daher in einem concreten Strafsysteme niemals eine einzige strafrechtliche Idee zum Ausdruck kommen, sondern es müssen in ihm gleichzeitig die Ideeen vieler vergangener Entwicklungsphasen vorhanden sein."

Het is de oeroude tragiek van àlle „nieuwe richtingen" dat zij dit niet inzagen, althans in hun beginstadium niet. Maar het is ondenkbaar dàt zij het toen zouden hebben ingezien, wilden zij de kracht hebben om àls beweging haar taak te vervullen. En zoo lijken wijzer dan het veroordeelen van de onredelijkheid dier nieuwe richtingen de woorden uit Goethe's Wilhelm Meister, „dat men niet van den weg mag verlangen, reeds het einde te zijn".

---

1) Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft auf vergleichend-ethnologischer Basis, I, p. 223.

ISBN 90 70094 69 X

ARS AEQUI
LIBRI